WIE UNTERSCHEIDET SICH

DIE KUMULATIVE SCHULDÜBERNAHME VON DER BÜRGSCHAFT?

UNTER BERÜCKSICHTIGUNG DER SCHRIFTFORM.

INAUGURAL-DISSERTATION

VERFASST UND DER

HOHEN RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT

DER

KGL. BAYER. JULIUS-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT WÜRZBURG

ZUR

ERLANGUNG DER RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN DOKTORWÜRDE

ACAD. LEGD. BAT. BIBL.

VORGELEGT VON

RUDOLF WOLF

RECHTSPRAKTIKANT

AUS

MAIKAMMER (RHEINPFALZ).

WÜRZBURG.

KGL. UNIVERSITÄTSDRUCKEREI VON H. STÜRTZ.

1908.

Referent: Professor Dr. **A. Mendelssohn-Bartholdy.**

MEINEN ELTERN

ZUGEEIGNET.

Literaturverzeichnis.

Bendix, Das deutsche Privatrecht auf Grund des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches. 1898.

Bernhöft, in Birkmeyers Encyklopädie der Rechtswissenschaft (B.G.B.) 2. Aufl. 1904.

Birkenbihl, „Bedarf die sogenannte kumulative Schuldübernahme der Schriftform?" in „Das Recht", 7. Jahrgang 1903, Nr. 11, pag. 286.

von Blume, Novation, Delegation und Schuldübertragung. 1895.

von Blume, „Zur Lehre von der Schuldübernahme" in „Iherings Jahrbücher für Dogmatik", Bd. 39 1898 pag. 390 ff.

von Blume, „Zur Schuldübernahmefrage"; ebendaselbst Bd. 40 1899 pag. 106 ff.

Büttner, Die Haftung des Bürgen nach gemeinem Recht und dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs. (Diss. Greifswald.) 1899.

von Chrzanowski, Die Haftung des Bürgen nach gemeinem Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuch. (Diss. Rostock) 1903.

Cosack, Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches. 3. Aufl. 1900. Bd. I.

Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts. 1902. Bd. II, Teil I.

David, „Kann die kumulative Schuldübernahme als ein abstraktes Schuldversprechen oder ein Schenkungsversprechen angesehen werden?" in „Das Recht" 7. Jahrgang 1903 Nr. 14 pag. 356.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens. 2. Aufl. 1901. Bd. II.

Dernburg, Pandekten. 7. Aufl. 1903.

Eneccerus-Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Einführung in das Recht des B.G.B. 2. Aufl. 1902.

Engelmann, A., Das Bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluss des Handelsrechts. 3. Aufl. 1903.

Engelmann, Th., in von Staudingers Kommentar zum B.G.B. 2. Aufl. Bd. II b. 1906.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Fluhme, Die Theorie der Passiv-Sukzession. (Diss. Erlangen.) 1896.

Gierke, Verhandlungen des Preussischen Landes-Ökonomie-Kollegiums 1889.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt. 2. Aufl. 1901.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. 50. Jahrgang 1906. Beilageheft Nr. 80.

Hasenbalg, Die Bürgschaft des gemeinen Rechts; eine zivilistische Studie. 1870.

Heil, Die Lehre von der Schuldübernahme unter besonderer Berücksichtigung des Sukzessionsbegriffs. (Diss. Rostock.) 1903.

Heilfron, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Aufl. 1902.

Hellbach, „Die sogenannte kumulative Schuldübernahme." In „Das Recht", 7. Jahrgang 1903 Nr. 13 pag. 335.

Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.

Herms, Die Bürgschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche des deutschen Reichs. (Diss. Rostock.) 1900.

Herz, Beitrag zur Lehre von der Schuldübernahme. (Diss. Göttingen.) 1901.

Josef, „Bedarf die sogenannte kumulative Schuldübernahme der Schriftform?" In „Deutsche Juristenzeitung", 8. Jahrgang 1903 Nr. 18 pag. 122 ff.

Keller, Litiskontestation und Urteil. 1829.

Kipp, „Zur Lehre von der Schuldübernahme (E.d.R.G. vom 24. Mai 1894)." In „Iherings Jahrbücher für Dogmatik" Bd. 36 Nr. 39 1895.

Kober, in von Staudingers Kommentar zum B.G.B. 2. Aufl. Bd. II b 1906.

Krettner, Die Schuldübernahme nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche vom 18. Aug. 1896 mit Berücksichtigung des gegenwärtig geltenden Rechtes und der bisherigen Rechtsentwickelung. (Diss. Erlangen.) 1899.

Kuhlenbeck, in von Staudingers Kommentar zum B.G.B. 2. Aufl. Bd. II a. 1906.

Kuntze, Der Gesamtakt, ein neuer Rechtsbegriff. 1892.

Lenel, Das Edictum perpetuum, ein Versuch seiner Wiederherstellung. 1907. 2. Aufl.

Lenel, „Beiträge zur Kunde des Edikts und der Ediktkommentare". In „Zeitschrift für Rechtsgeschichte", 1881, Bd. 2.

Leonhard, in Birkmeyers Encyklopädie der Rechtswissenschaft (Römisches Recht). 2. Aufl. 1904.

Martinius, „Die Form der kumulativen Schuldübernahme" in „Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts", Bd. 49, 1905, Heft 2 pag. 181 ff.

Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. Bd. I. 1900.

Motive zum B.G.B. Bd. II. 1898.

Neuburger, „Schriftform oder Formfreiheit der kumulativen Schuldübernahme?" In den „Jahrbüchern der württemb. Rechtspflege" Bd. 14 1903 pag. 381 ff.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1906.

Planck, Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des B.G.B. 4. Aufl. 1903. Bd. II.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann. Bd. 8 1904 Nr. 60 pag. 84.

Regelsberger, „Die Schuldübernahme und die §§ 414–416 B.G.B." in „Iherings Jahrbücher für Dogmatik" Bd. 39, 1898, pag. 463 ff.

Regelsberger, Bayerisches Hypothekenrecht. 2. Aufl. 1895.

Regelsberger, „Über die Verträge zugunsten Dritter und die Schuldübernahme“. Im „Archiv für die zivilistische Praxis“. Bd. 67 pag. 24 ff.
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Bd. II. 1903.
Ribbentrop, Zur Lehre von den Korrealobligationen. 1831.
Rosbund, Die Übernahme der persönlichen Schuld durch den Erwerber des hypothekarisch belasteten Grundstücks. (Diss. Rostock.) 1902.
Rotmann, Die Form der Rechtsgeschäfte im Bürgerlichen Recht. (Diss. Marburg.) 1903.
Schaeffer, Grundriss des Bürgerlichen Rechts unter Berücksichtigung des römischen und gemeinen Rechts. 1906, Bd. II.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. 1900. Bd. I.
Schurter, „Die Theorie der Schuldübernahme und das künftige Schweizerische Zivilgesetzbuch.“ In der „Zeitschrift für Schweizerisches Recht“. 1900. Bd. 42 pag. 303 ff.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Bd. 60 1905 Nr. 3 pag. 5 ff.
Silbermann, „Ist zur Gültigkeit der sogenannten kumulativen Schuldübernahme die Schriftform erforderlich?“ In „Seufferts Blätter für Rechtsanwendung“ Bd. 68, 1903, Nr. 19 pag. 366 ff.
Silbermann, Unter der gleichen Überschrift ebendaselbst Bd. 70, 1905, Nr. 6 pag. 157 ff.
Siméon, Recht und Rechtsgang im deutschen Reich. 3. Aufl. 1901, Bd. 1.
Sohm, Institutionen des Römischen Rechts. 12. Aufl. 1905.
Stammler, Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Aufl. 6 u. 7. 1900.
Staub, „Besprechung der Reichsgerichtsentscheidung (E.d.R.G. Bd. 51 pag. 120 f.).“ In der „Deutschen Juristenzeitung“ Bd. 8 1903 pag. 19.
von Thur, „Die neue Literatur zum Bürgerlichen Gesetzbuche.“ In der „Deutschen Juristenzeitung“, 5. Jahrgang, 1900, Nr. 16, pag. 349.
Voigt, Die zwölf Tafeln, Geschichte und System des Zivil- und Kriminalrechtes, wie -Prozesses der 12 Tafeln nebst der Fragmente. 1883/84. Bd. II.
Windscheid, in „Kritische Überschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.“
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. 1900. Bd. II.
Witte, „Schuldübernahme, Bürgschaft, Gesamtschuld.“ In der „Juristischen Monatsschrift für Posen, Ost- und Westpreussen“. 6. Jahrgang 1905. Nr. 5 pag. 69 ff.

* *
*

Nachtrag.

Während des Druckes kamen uns zwei Abhandlungen über unser Thema vor Augen, die wir leider nicht mehr berücksichtigen konnten. Beide gelangen zu dem gleichen Resultate wie wir: „Es gibt im heutigen Rechte eine kumulative Schuldübernahme, abgeschlossen durch einen Vertrag, der zu seiner Gültigkeit der Schriftform nicht bedarf.“

Die etwas kurze Leipziger Dissertation:

Brattig, Die kumulative Schuldübernahme und ihr Verhältnis zur Bürgschaft 1907,

legt das Hauptgewicht auf die bei den dort zitierten Schriftstellern „viel zu wenig beobachtete Unterscheidung“, ob der Vertrag zwischen Gläubiger und Kumulativschuldner, oder zwischen letzterem und dem Urschuldner geschlossen wurde, kennt aber leider die einschlägigen Reichsgerichtsentscheidungen vom 19. Februar 1906 und vom 23. November 1906 (confer § 9, III und IV dieser Abhandlung) noch nicht.

Damit ergibt sich von selbst, dass die nach dem jetzt eingenommenen Standpunkt der Theorie und des Reichsgerichts einzig wichtige Frage, ob und wann bei gegebener Sachlage selbstschuldnerische Bürgschaft oder kumulative Schuldübernahme angenommen werden muss, unberührt geblieben ist.

Ebenso scheint uns — nach flüchtiger Durchsicht — diese Kardinalfrage trotz sonst ganz vortrefflicher Bearbeitung auch nicht gelöst zu sein in dem grössten und eingehendsten Werk über unser Thema:

Westerkamp, „Bürgschaft und Schuldbeitritt“ (557 Druckseiten) 1908 als 33. Heft der „Rechts- und Staatswissenschaftlichen Studien“, herausgegeben von Ebering.

Confer die von uns versuchte Lösung (§ 9, VI dieser Abhandlung), die durch Aufstellung einer feststehenden Norm unzweideutig zeigt, unter welches der beiden erwähnten Schuldverhältnisse ein gegebener Tatbestand subsumiert werden muss, während bis jetzt ganz willkürlich bei ein und demselben Vertragsverhältnis die einen kumulative Schuldübernahme, die anderen selbstschuldnerische Bürgschaft als vorliegend erachteten.

Westerkamp gebraucht statt des zwar gebräuchlichen, aber nicht zutreffenden (siehe unten pag. 14, Abschn. 3 und 4, ferner pag. 76, Anm. 3 und pag. 77, Anm. 1) Ausdrucks: „kumulative Schuldübernahme“ als neuen terminus: „Schuldbeitritt“. Unter „Schuldbeitritt“ ist nach dem Sprachgebrauch zweifellos der Beitritt (= das Hinzutreten) einer (neuen!) Schuld zu verstehen, Cosack (a. a. O. § 116, Abschn. II, pag. 399), Heil (a. a. O. pag. 120 ff.), Fluhme (a. a. O. pag. 33 ff.), Oertmann (a. a. O. pag. 288), Planck (a. a. O. pag. 199), Windscheid-Kipp (a. a. O. Bd. II, pag. 375), Brattig (a. a. O. pag. 2, § 1) und viele andere Schriftsteller haben mit Recht gesagt, dass es sich — nicht um noch eine andere Schuld, sondern — um ein und dieselbe Schuld handelt, für die neben dem einen noch der andere haftet. (Confer auch pag. 62, § 8, Abschn. 3 vorliegender Abhandlung!) Sprachlich wäre der Ausdruck „Schuldnerbeitritt“ somit eher gerechtfertigt, aber auch bei der Bürgschaft des § 773, Nr. 1 B.G.B. tritt ein neuer Schuldner, nämlich der selbstschuldnerische Bürge, dem schon bestehenden Obligationsnexus bei. — Wir glauben deshalb, dass der Westerkamp'sche terminus technicus als sprachlich und juristisch vollständig unzutreffend in der Rechtsliteratur kaum Aufnahme finden wird.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

Unsere Aufgabe und Anordnung der Darstellung 1

A. Allgemeiner Teil.

§ 1. Der Interzessionsbegriff des gemeinen Rechts 3

§ 2. Der Bürgschaftsvertrag und seine Arten 5

§ 3. Die verschiedenen Fälle der Schuldübernahme 12

§ 4. Die kumulative Schuldübernahme neben der privativen im heutigen Recht, gesondert von der Bürgschaft, als Gesamtschuldverhältnis . 17

§ 5. Die generelle Unterscheidung zwischen diesen beiden Verpflichtungen unter Berücksichtigung der privativen Schuldübernahme 25

§ 6. Direkter Vertragsabschluss zwischen Schuldübernehmer und Gläubiger. — Die Bedeutung und Anwendung der Schriftform 27

§ 7. Direkter Vertragsabschluss zwischen Schuldübernehmer und Urschuldner, eventuell durch ein pactum in favorem tertii. — Auch hier Berücksichtigung der Schriftform 51

B. Spezieller Teil.

§ 8. Übersicht der Unterschiede zwischen der Haftung des hinzutretenden Gesamtschuldners und des Bürgen 62

§ 9. Die kumulative Schuldübernahme nach der Auffassung des Reichsgerichts 76

Schluss.

Die Fälle gesetzlicher kumulativer Schuldübernahme 92

Einleitung.

Unsere Aufgabe und Anordnung der Darstellung.

Die Hauptfrage, die wir beantworten wollen, lautet: „Wie unterscheidet sich die kumulative Schuldübernahme von der Bürgschaft?“, und nicht: „Welche einzelnen Unterschiede bestehen zwischen dieser und jener?“ Die zweite Fragestellung würde an sich schon voraussetzen, dass eine von der im B.G.B. genau normierten Bürgschaft streng abgesonderte Verpflichtung, die sogen. kumulative Schuldübernahme, existiere. Unsere Fragestellung lässt es dagegen zunächst offen, ob überhaupt heute von einer solchen noch gesprochen werden kann, oder ob sie nicht vielmehr mit der Bürgschaft oder einer Art derselben zu identifizieren ist.

Zunächst wollen wir einleitend kurz die gemeinrechtliche Interzession erwähnen, sowie einen Überblick über die Bürgschaft und ihre besonderen Arten, resp. der verschiedenen Fälle der Schuldübernahme, geben.

Sodann werden wir nachzuweisen suchen, dass auch im heutigen Rechte eine kumulative Schuldübernahme im engeren Sinne — im weiteren fällt auch die Bürgschaft unter diesen Begriff — besteht und ihre Berechtigung hat, sowie dass für sie in erster Linie die Bestimmungen über die Gesamtschuld in Betracht kommen.

Nach Hervorhebung der generellen Unterschiede zwischen der kumulativen Schuldübernahme im engeren Sinne und der Bürgschaft wollen wir sodann untersuchen, wann und unter welchen Umständen im Einzelfall diese oder jene Verpflichtung als dem Parteiwillen entsprechend anzunehmen ist.

Da es aber bei Übernahme einer Schuld an sich sehr wohl zweifelhaft sein kann, ob der Übernehmer sich nicht neben, sondern vielmehr anstatt des alten Schuldners hat verpflichten wollen, so werden wir auch die privative Schuldübernahme in den Kreis unserer Betrachtung ziehen müssen.

Wir werden den Fall, in dem der Übernehmer direkt bei dem Gläubiger eine Schuld übernimmt, von dem andern Falle trennen, wo er zunächst mit dem alten Schuldner kontrahiert; denn die kumulative Schuldübernahme wie auch die Bürgschaft können wie durch einen direkten Vertrag mit dem Gläubiger, so auch durch ein pactum in favorem tertii mit dem alten Schuldner zur Entstehung kommen.

Besonders soll dabei die Frage berücksichtigt werden, welche Bedeutung der Schriftform für die Willensauslegung der Parteien beizumessen ist, und zugleich der Nachweis geführt werden, dass eine solche für die Bürgschaft ausdrücklich vorgeschriebene Form für die kumulative Schuldübernahme nicht nötig ist.

Anschliessend wollen wir im zweiten Teile eine Übersicht der speziellen Unterschiede zwischen der Haftung als Bürge und als hinzutretender Gesamtschuldner geben und dabei besonders die Einreden, den Einfluss der culpa und die Regressansprüche berücksichtigen. Sodann wollen wir feststellen, welchen Standpunkt das Reichsgericht in verschiedenen Entscheidungen zu der kumulativen Schuldübernahme eingenommen hat.

Zum Schluss sollen die Fälle sogen. gesetzlicher kumulativer Schuldübernahme erwähnt werden.

A. Allgemeiner Teil.

§ 1.

Der Interzessionsbegriff des gemeinen Rechts.

Im gemeinen Rechte kannte man den Begriff der Interzession und verstand darunter im allgemeinen jede Übernahme einer fremden Verbindlichkeit. Man unterschied privative und kumulative Interzession.

Bei der kumulativen trat zu dem bisherigen Schuldner ein neuer hinzu. Dieser konnte sich entweder als Bürge verpflichten oder selbständig als sogen. Korrealschuldner. Auch die Pfandbestellung für eine fremde Schuld wurde hierher gerechnet.

Bei der privativen dagegen tritt der neue Schuldner durch Novation an die Stelle des alten, sei es mit oder ohne Auftrag desselben, sogen. delegatio resp. expromissio. Ferner wird auch unter privativer Interzession der Fall verstanden, dass jemand eine Schuld für einen anderen vorwegnimmt. Es wird eine von einem anderen beabsichtigte Verpflichtung, insbesondere eine Darlehensobligation, anstatt dieses andern in dessen Interesse kontrahiert, sogen. tacita intercessio oder interventio [1]).

Die Interzession war im späteren römischen Recht Frauen verboten [2]). Zunächst verbot das senatus consultum Vellejanum [3])

---

1) Beispiele hierfür finden sich in lex 8 § 14, lex 29 Dig. ad S. C. Vellejanum 16, 1.

2) l. 2. D. de R. J. 50, 17. Ulpianus libro 1 ad Sabinum: Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt, nec magistratum gerere, nec postulare, nec pro alio intervenire, nec procuratores existere (so erklärte Ulpian das senatus consultum Vellejanum).

3) in lex 2 § 1 Dig. ad S. C. Vellejanum 16, 1.

den Frauen zu bürgen, sowie sich durch Übernahme von Darlehensschulden zugunsten anderer zu verpflichten. Hieraus leitete man das allgemeine Interzessionsverbot her.

Justinian verstärkte dieses durch Formvorschriften [1]) und die bekannte Auth. [2]): „si qua mulier". Jedoch gab es eine grosse Anzahl Ausnahmen von diesem Verbot. Im gemeinen Recht wurden diese römischen Grundsätze übernommen. Allerdings liess man eidlichen Verzicht der Frauen auf ihr beneficium zu und ebenso einen solchen nach vorhergegangener gerichtlicher Belehrung. Damit war an Stelle des Verbotes eine Form für die Interzession durch Frauen getreten.

Neuere Partikularrechte sowie das B.G.B. haben diese Beschränkung der Frauen völlig beseitigt.

Der Begriff einer kumulativen oder privativen Interzession ist dem B.G.B. überhaupt fremd.

---

[1]) lex 23 C. ad S. C. Vellejanum 4, 29.

[2]) confer Nov. 134 c. 8, aus der diese Authentica genommen ist; sie wurde nach lex 22 C. ad S. C. Vellejanum 4, 29 in den Kodex eingefügt.

§ 2.

Der Bürgschaftsvertrag und seine Arten.

Im römischen Recht unterschied man, nachdem die sponsio und fideipromissio[1]) verschwunden waren, zwei Arten der Verbürgung. Zunächst die mit formellen Worten abzuschliessende fideiussio[2]) und das formlose constitutum debiti alieni[3])[4]). Durch

---

[1]) In der ältesten Zeit gab es in Rom anstatt der damals unbekannten Bürgschaft — die praedis datio war Rechtsgeschäft des ius publicum, nicht des ius Quiritium — das sog. vadimonium, d. h. das solenne Versprechen einer Konventionalstrafe für den Fall, dass ein bestimmter anderer eine gewisse Verpflichtung nicht erfüllt. Der vas ist aber nicht Bürge in unserem Sinne, weil er eine neue Verbindlichkeit mit anderem Inhalt als die Hauptverbindlichkeit übernahm; confer Voigt, die 12 Tafeln, Bd. II. pag. 490 ff.

Eine Bürgschaft in unserem Sinne dagegen liegt vor bei der aus dem altsakralen Gelübde hervorgegangenen — juris civilis – sponsio, welcher dann später nach Ausbildung der Stipulationsformen die — auch den Peregrinen zugängliche — fideipromissio zur Seite trat. Confer Sohm pag. 380 Anm. 3, und Dernburg, Pandekten pag. 207.

[2]) Die Formel lautete: „idem fide tua iubes?“; bei der sponsio: „idem spondes?“; bei der adpromissio: „idem promittis?“.

[3]) Über das Wesen des Konstitutums confer Tit. Dig. de pecunia constituta 13, 5.

[4]) Rehbein (a. a. O. pag. 145) identifiziert dieses römische constitutum debiti alieni mit der heutigen kumulativen Schuldübernahme; Martinius (a. a. O. pag. 211 resp. 214) bezeichnet einerseits das nicht abstrakte formlose constitutum debiti alieni und die formlos eingegangene kumulative Schuldübernahme als „ganz analog zu behandelnde Fälle“ und andererseits ebenso die abstrakte formelle adpromissio und die unter Wahrung der Schriftform zustandgekommene kumulative Schuldübernahme. Dernburg (Pandekten Bd. II, pag. 212 Anm. 1) verteidigt die Ansicht, dass nur die Stipulationsbürgschaft eigentliche Bürgschaft in Rom ist, und dass das constitutum debiti alieni unserem Verkehre fremd war. Für uns sei daher die Bürgschaft einzig und allein die freier entwickelte fideiussio der Römer. Bernhöft (pag. 453) sagt die römische expromissio entspräche der privativen und der gesetzlichen kumulativen Schuldübernahme des § 419 B.G.B. Leonhard (pag. 155) stellt die Behauptung auf: „in Rom war nur eine bestärkende oder kumulative Schuldübernahme, der Eintritt eines neuen Schuldners neben dem alten zulässig“,

die fideiussio wurde eine Art akzessorische Korrealobligation begründet, so dass insbesondere die litis contestatio mit dem Hauptschuldner den Bürgen, und umgekehrt die mit dem letzteren den ersteren befreite. Die obligatio des fideiussor ist dabei inhaltlich

---

meint aber damit augenscheinlich die kumulative Schuldübernahme im weiteren Sinne, so dass darunter auch die Bürgschaft fällt (ebenso A. Engelmann, pag. 257). Das alte constitutum war eine formlose Feststellung eines bestimmten Rückzahlungstages für die geschuldete pecunia, und zwar nur für eine Geldschuld, sei es debiti proprii, sei es debiti alieni.

Versprach jemand eine fremde Schuld zu zahlen, so haftete er noch strenger als der Bürge, weil er nicht durch jede Aufhebung der Hauptschuld, sondern nur durch die dem Gläubiger zu teil gewordene datio in solutum, also nur durch eine materielle Befriedigung des Gläubigers befreit wurde. Die Schuld des Konstituenten stand zu der Hauptschuld nicht, wie die fideiussio in Korrealverhältnis, sondern in bloss solidarischem Verhältnis.

Die fideiussio, ein Hauptfall der adpromissio, war eine akzessorische Korrealschuld und für jede Schuldverbindlichkeit möglich z. B. auch für eine Deliktsschuld. Der fideiussor haftet erst in zweiter Linie. Die Verpflichtung desselben hängt von dem Dasein der Hauptschuld völlig ab im Gegensatz zu dem constitutum debiti alieni, wo dies nicht der Fall war.

Wir halten es übrigens gerade bei unserem Thema — soweit nicht die historische Entwickelung es angezeigt erscheinen lässt — für wenig zweckdienlich, moderne Rechtsverhältnisse auf Begriffe des corpus iuris civilis zurückzuführen und so zu erläutern. Diese unsere Ansicht rechtfertigt sich schon aus den oben angeführten teils konträren, teils kontradiktorischen Anschauungen. Einen weiteren Beweis der Misslichkeiten, die sich aus der Subsumtion unter uns fremde — schon im gemeinen Recht kam eine Verbürgung durch constitutum debiti alieni nicht mehr vor — juridische Anschauungen ergeben, bietet Folgendes: Die bedeutendsten Pandektenkenner sind nicht einig in ihren Ansichten über das constitutum debiti alieni, die fideiussio und die adpromissio. [Confer Windscheid (= Kipp) Bd. II § 476 im Gegensatz zu Dernburg (Pandekten Bd. II § 76 Anm. 6), confer ferner lex 1 § 8 Dig. de obl. et act. 44, 7 im Gegensatz zu Gai. Inst. III §§ 121 ff.; ferner wurde von Lenel (a. a. O. pag. 62 ff.) nachgewiesen, dass von sämtlichen Stellen des corpus iuris civilis, die ausdrücklich von dem constitutum debiti alieni sprechen, nur lex 5 §§ 2 und 3, sowie lex 2 Dig. de pec. constituta 13, 5 wirklich vom constitutum debiti alieni handeln, die überaus meisten Stellen sich aber auf das receptum argentarii beziehen, so namentlich lex 27, lex 28 und lex 12 Dig. eod., eine Tatsache, auf die niemand vorher gekommen war.] Wir möchten deshalb die Rechtsparömie Justinians (lex 13 C. de sententiis 7, 45) allerdings in anderem Sinne wie dort, hier so zur Geltung gebracht wissen: „Non (corp. iur. civ.) exemplis, sed legibus (nostris) judicandum est.“ Die gleich unten zitierte Reichsgerichtsentscheidung (E.d.R.G. Bd. 10 pag. 186) zeigt die Gefährlichkeit der Subsumtion unter juristische Begriffe, mit denen man Ernst weder machen will noch kann. So Dernburg, Pandekten, Bd. II pag. 210 Anm. 5.

mit der des Hauptschuldners identisch, und ihr Zweck ist lediglich der, dem Gläubiger Sicherheit zu gewähren.

Bei dem formlosen constitutum des prätorischen Rechts tritt die oben erwähnte Wirkung der litis contestatio nicht ein. Zudem kann es dem Gläubiger neben der Sicherheit noch mehr bieten: es kann nicht nur den reinen Bürgschaftswillen enthalten, sondern auch in dem Sinne gemeint sein, die Verpflichtung, die fremde Schuld zu erfüllen, schlechthin zu übernehmen [1]), und zwar als Solidarschuld.

Neben diesen beiden Verbürgungsarten kennt das römische Recht noch das sogen. mandatum qualificatum [2]), ein reines Auftragsverhältnis, das allerdings mit der Kreditgewährung die Folgen der Bürgschaftshaftung für den Auftraggeber (Mandant) hat.

Ob im gemeinen Recht, abgesehen von dem Wegfall der Formvorschriften, Unterschiede zwischen der fideiussio und dem constitutum noch bestehen, oder dieselben verwischt oder ganz verschwunden sind, ist streitig. Jedenfalls gelten im gemeinen Recht nach herrschender Ansicht regelmässig die Bestimmungen der römischen fideiussio, wobei die Möglichkeit des Abschlusses eines Vertrages, der dem Wesen des constitutum entspricht, nicht ausgeschlossen ist.

Der reine Bürgschaftsvertrag dient, wie gesagt, lediglich zur Sicherung des Gläubigers und ist ein streng akzessorisches Verhältnis. Während aber im älteren römischen Rechte dem Gläubiger gegenüber der Hauptschuldner und Bürge gleichmässig zur Wahl standen, ist die Haftung des Bürgen im Justinianischen Rechte eine subsidiäre durch folgende Vorschriften geworden: Justinian hob einmal die konsumierende Wirkung der litis contestatio [3]) auf. Nicht diese als solche, sondern die Befriedigung des Gläubigers sollte befreiend wirken. Dadurch wurde zunächst der Gläubiger noch besser gestellt; denn er brauchte nicht zu fürchten, seinen Anspruch gegen den Hauptschuldner zu verlieren, wenn er den Bürgen angriff. Dafür stellte aber Justinian den Grundsatz auf [4]), dass dem Gläubiger ein freies Wahlrecht nicht mehr zustehen

---

1) Windscheid-Kipp, Bd. II § 476 Anm. 6. Sohm pag. 410. R.G.E. Bd. 10 pag. 186.

2) lex 6 § 4 Dig. mandati vel contra 17, 1; § 6 J. de mandato 3, 26 und lex 12 § 14 Dig. eod.

3) lex 28 C. de fidejussoribus 8, 40.

4) in Nov. 4 cap. 1.

sollte, dass er sich vielmehr zunächst an den Hauptschuldner und dann erst, wenn er von diesem keine Befriedigung erlangen konnte, an den Bürgen zu halten habe. Diese Vorschrift kann der Bürge durch Einrede (beneficium excussionis[1])) geltend machen; tut er es, so hat der Gläubiger die vorgängige gehörige Beitreibung gegen den Hauptschuldner zu beweisen. Allerdings fiel in manchen Fällen das beneficium fort, so insbesondere bei Unsicherheit des Hauptschuldners. Selbstverständlich konnte der Bürge auch darauf verzichten.

Noch stärker tritt die Subsidiarität der Haftung bei der Schadlosbürgschaft (fideiussio indemnitatis) hervor. Dieselbe ist hier vertragsmässig dahin erweitert, dass der Bürge nur für den Ausfall einstehen muss, den der Gläubiger nach Inanspruchnahme des Schuldners erleidet. Der Gläubiger hat daher bei einer Klage gegen diesen Bürgen die betreffenden Tatsachen zu behaupten resp. zu beweisen[2]).

Haben sich mehrere für denselben Schuldner verbürgt, so haften sie ursprünglich alle für das Ganze; erst eine epistola divi Hadriani[3]) gewährte das sog. beneficium divisionis[4]). Danach kann jeder Mitbürge Teilung der Forderung des Gläubigers unter die sämtlichen zur Zeit der Klageerhebung zahlungsfähigen und präsenten Mitbürgen fordern; es muss sich nur immer um dieselbe Schuld desselben Schuldners handeln, für die mehrere Bürgen demselben Gläubiger haften. Der Bürge muss sich im Prozess auf dieses beneficium berufen, und wenn der Gläubiger die Zahlungsfähigkeit eines der Mitbürgen leugnet, diese beweisen. Auch auf dieses beneficium kann natürlich verzichtet werden.

Verzichtet ein Bürge auf das ihm zustehende beneficium excussionis oder ein Mitbürge ausserdem noch auf das beneficium divisionis, so spricht man von selbstschuldnerischer Bürgschaft. Die akzessorische Haftung bleibt aber dabei streng gewahrt.

Von den Mitbürgen ist der Nach- oder Afterbürge[5]) wohl zu unterscheiden. Dieser will für den Bürgen einstehen; erst wenn

---

1) confer Nov. 4.

2) lex 116 Dig. de verb. obl. 45, 1; lex 41 Dig. de fidejussoribus et mandatoribus 46, 1; § 4 J. de replicationibus 4, 14.

3) § 4 J. de fidejussoribus 3, 20.

4) Nov. 99.

5) lex 8 § 12 Dig. de fidejussoribus et mandatoribus 46, 1; lex 27 § 4 Dig. eod.

letzterer nicht erfüllt, soll sich der Gläubiger an ihn halten können. Er haftet wie ein Bürge, für den die Verpflichtung des Vorbürgen die Hauptschuld ist.

Schliesslich sei der Rückbürge erwähnt; derselbe haftet dem Bürgen dafür, dass der Hauptschuldner den dem Bürgen zustehenden Ersatzanspruch gehörig erfüllen werde. Die an den Gläubiger zu leistende Hauptschuld kommt hier also gar nicht in Betracht. Der Hauptschuldner für den Rückbürgen ist eben der Schuldner der Hauptverbindlichkeit, der Gläubiger des Rückbürgen ist der Bürge.

Was das B.G.B. anlangt, so kennt dasselbe nur einen Bürgschaftsvertrag. Das constitutum wird ganz übergangen. Die Motive[1]) zum B.G.B. bemerken hierzu allerdings: „Das Übergehen des Konstitutum im Gesetzbuch schliesst nicht aus, einen konkreten Vertrag dahin auszulegen, dass die Parteien die Eigentümlichkeiten gewollt haben, durch welche nach römischem Rechte das Konstitutum von der Bürgschaft sich unterschied.“

Die Vorschriften über die Bürgschaft finden sich in den §§ 765 ff.

Der § 765 I lautet: „Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen.“ Die Verpflichtung des Bürgen hat einen rein akzessorischen Charakter, jedoch ist dieselbe regelmässig eine subsidiäre; denn nach § 771 kann der Bürge die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange nicht letzterer eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat. Macht der Bürge diese Einrede der Vorausklage geltend, so ist er dafür beweispflichtig, dass die Zwangsvollstreckung noch nicht versucht worden ist.

Ähnlich wie im gemeinen Recht hat allerdings diese Einrede in manchen Fällen der Bürge nicht; dieselben finden sich im § 773; er hat die Einrede besonders nicht, wenn er darauf verzichtet; er ist dann im Sinne des B.G.B. selbstschuldnerischer Bürge.

Das B.G.B. erwähnt auch die Mitbürgschaft im § 769. Verbürgen sich mehrere für dieselbe Verbindlichkeit, so haften sie als Gesamtschuldner, selbst wenn sie die Bürgschaft nicht gemeinschaftlich übernehmen. Es kommen hier die §§ 421 ff. in Be-

---

[1]) **Bd. II pag. 658 d. Vergl. auch E.d.R.G. Bd. X. Nr. 50.**

tracht. Die Mitbürgen haften jeder auf das Ganze, ohne dass ihnen eine Einrede der Teilung zusteht.

Nicht besonders erwähnt wird im B.G.B. die Rückbürgschaft, die Nach- oder Afterbürgschaft und die Schadlosbürgschaft. Deshalb ist aber ihr Vorkommen durchaus nicht ausgeschlossen. Was zunächst die letztere angeht, so ist auch diese als wahre Bürgschaft zu behandeln, bei der aber vertragsmässig die Rechte hinsichtlich der Vorausklage erweitert sind. Hier hat der Gläubiger, wenn er den Bürgen in Anspruch nehmen will, an sich nachzuweisen, dass er seine Forderung von dem Hauptschuldner nicht erlangen konnte, resp. wie gross sein Ausfall war. Darum muss auch beim Konkurse des Hauptschuldners dessen Ausgang abgewartet werden, um den Ausfall festzustellen, während die gewöhnliche Einrede der Vorausklage hier so wie so wegfallen würde[1]).

Nicht zu billigen ist es, wenn man die Schadlosbürgschaft heutzutage als einen Garantievertrag ansehen will[2]). Das B.G.B. kennt übrigens diesen als besonderen Vertrag nicht. Man wird aber denjenigen Vertrag als Garantievertrag bezeichnen können, durch den sich jemand verpflichtet, einem anderen für einen bestimmten tatsächlichen oder rechtlichen Erfolg einzustehen. Derselbe setzt also eine bestehende Verbindlichkeit eines Dritten gar nicht voraus; er ist folglich kein akzessorischer Vertrag wie die Bürgschaft. Von einer direkten Verpflichtung des Garanten dem Gläubiger gegenüber kann nicht die Rede sein. Von der Schadlosbürgschaft würde sich der Garantievertrag speziell dadurch unterscheiden, dass der Garant nicht bloss für die Erfüllung einer Verbindlichkeit eines Dritten, sondern schlechthin für einen bestimmten Erfolg einstehen will, also auch eventuell dafür, dass dem Gläubiger der Schaden ersetzt werde, der ihm durch die Nichterfüllung der Verbindlichkeit eines Dritten erwächst.

Auch für den Nach- oder Afterbürgen finden die allgemeinen Grundsätze des B.G.B. Anwendung. Derselbe erscheint als gewöhnlicher Bürge für die von dem Hauptbürgen eingegangene Bürgschaftsverpflichtung. Er kann daher erst hinter dem ersten Bürgen in Anspruch genommen werden. Er hat im allgemeinen die Einrede der Vorausklage aus der Person des Hauptschuldners, es sei denn, dass sie beim Bürgen ausgeschlossen ist. Ausserdem

---

1) confer § 773 Abs. 1 Nr. 3 B.G.B.

2) So Cosack § 158 Abschn. 7, 2 pag. 590.

kann der Rückbürge aber auch die vorherige Ausklagung des Bürgen verlangen, ausgenommen den Fall, dass ihm als gewöhnlichem Bürgen des Bürgen als Hauptschuldners die Einrede der Vorausklage versagt wäre.

Auch in bezug auf die Haftung des Rückbürgen müssen in Ermangelung besonderer Vorschriften die allgemeinen des B.G.B. gelten, die den Bürgschaftsvertrag regeln.

Erwähnt sei der Vollständigkeit wegen die sogen. Wechselbürgschaft; es ist dies eine unrichtige Bezeichnung; wer per aval oder als sogenannter Wechselbürge einen Wechsel unterzeichnet, übernimmt dadurch eine selbständige solidarische Wechselverpflichtung. Keineswegs liegt darin eine zivilrechtliche Bürgschaftsverpflichtung.

Besonders erwähnt wird aber im B.G.B. das sogen. Kreditmandat. Darüber sagt § 778: „Wer einen anderen beauftragt, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einem Dritten Kredit zu geben, haftet dem Beauftragten für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des Dritten als Bürge.“ Hier liegt also zunächst ein Auftrag vor, und nach den Regeln über denselben [1]) bestimmen sich die Fragen der Form, Kündigung, Widerruflichkeit, die Zulässigkeit einer Klage auf Ausführung und die Pflicht zur Erstattung der Kosten. Ist aber infolge der Annahme und Ausführung des Auftrages die Verbindlichkeit des dritten Kreditsuchers entstanden, so haftet der Auftraggeber für dieselbe als Bürge. Von dem Garantievertrage würde sich übrigens das Kreditmandat dadurch unterscheiden, dass gerade ein Recht [2]) auf Ausführung nicht bei jenem, wohl aber bei diesem vorhanden ist.

---

[1]) §§ 662 ff. B.G.B.
[2]) Confer § 662 und § 664 B.G.B.

§ 3.

Die verschiedenen Fälle der Schuldübernahme.

Wie wir oben privative und kumulative Interzession unterschieden, so kann man im engeren Sinne auch von privativer und kumulativer Schuldübernahme sprechen. Bei ersterer tritt, wie gesagt, ein neuer Schuldner neben den alten; es haften mehrere gemeinsam für das Ganze. Bei letzterer tritt der Schuldübernehmer dagegen ganz an die Stelle des alten Schuldners und dieser scheidet aus.

Nach römischem und gemeinem Rechte war es, wie wir oben gesehen haben, nicht möglich, dass in ein bestehendes Schuldverhältnis an Stelle des alten Schuldners ein neuer Schuldner eintrat. Wollte ein Dritter die Schuld eines anderen übernehmen, so bedurfte es der Novation.

Im deutschen Recht dagegen war eine solche Schuldübernahme bekannt; sie bedurfte der Zustimmung des Gläubigers.

Im römischen Rechte unterschied man bei den Gesamtgläubiger- und Gesamtschuldnerverhältnissen zwischen Korreal- und Solidarobligationen, wie dies von Keller[1]) und Ribbentrop[2]) aufgedeckt wurde.

Keller und Ribbentrop fanden, dass bei einigen der Gesamtschuldverhältnisse schon die litis contestatio mit einem der Schuldner die übrigen Schuldner befreie, dass dagegen bei anderen Gesamtschuldverhältnissen dies nicht der Fall sei[3]).

Sie lehrten daher, bei einigen Gesamtschuldverhältnissen sei nur ein obligatorisches Band vorhanden (una eademque obligatio). Diese wurden Korrealobligationen genannt.

Bei anderen Schuldverhältnissen seien mehrere obligatorische Bänder vorhanden, deren jedes sich auf dieselbe Sache richte

---

1) Litiskontestation und Urteil 1829.

2) Zur Lehre von den Korrealobligationen 1831.

3) Confer lex 2 Dig. de duob. reis 45, 2; lex 31 § 1 Dig. de novationibus 46, 2; lex 5 in fine Dig. de fidejussoribus et mandatoribus 46, 1.

(plures obligationes eiusdem rei). Diese wurden Solidarobligationen genannt.

Welche der Gesamtschuldner nun Korrealschuldner waren und welche Solidarschuldner, ist bestritten.

Unbestritten ist nur, dass, wenn mehrere sich durch einen einheitlichen Vertrag zu einer gemeinsamen Leistung als Gesamtschuldner verpflichten, diese Korealschuldner sind, und ferner, dass mehrere Deliktsschuldner als Solidarschuldner zu behandeln sind.

Korreal- und Solidarobligation haben das gemeinsam, dass die Erfüllung seitens eines Schuldners auch die anderen befreit, und dass das Gleiche von den Erfüllungssurrogaten gilt.

Sie unterscheiden sich aber darin, dass bei der Korrealobligation regelmässig auch alle anderen Umstände, die in der Person eines Schuldners eintreten, für und gegen die anderen Schuldner wirken, während bei den Solidarobligationen alles, was in der Person des einen Schuldners geschieht, für die anderen bedeutungslos ist.

Jedoch wirken auch bei der Korrealobligation nicht alle Umstände, die in der Person des einen Schuldners eintreten, zugleich für und gegen die anderen Schuldner.

Welche Umstände wirken, welche nicht, ist bestritten. (Verzug, Eid, Urteil, Verjährung, Unterbrechung der Verjährung, Konfusion, Novation.)

Für das Gesamtgläubigerverhältnis gilt derselbe Unterschied mit denselben Zweifeln[1]).

Im gemeinen Rechte unterschied man streng die sogen. Korreal- von der Solidarobligation. An diese Unterscheidung knüpfte sich eine grosse Anzahl von Streitfragen. Schon über die Entstehung und über das Wesen dieser beiden Obligationen war man sehr verschiedener Meinung. Solidarobligationen liess man insbesondere aus gemeinsamem Verschulden entstehen und ferner dann, wenn mehrere durch selbständige Verträge sich auf das Ganze verpflichten.

Für die Korrealobligation wurde verlangt, dass sich mehrere durch ein und denselben Vertrag zu ein und derselben Leistung — abgesehen von Nebenbestimmungen — verpflichteten. Im römischen Rechte war dazu ursprünglich die Stipulationsform nötig, später genügte formlose Nebenabrede, so auch im gemeinen Recht

1) So Schaeffer a. a. O. pag. 60.

jede Verabredung wie „samt und sonders“, „ungeteilt“, „solidarisch“, „korreal“ etc.

Das Verhältnis der Korrealschuldner war ein engeres als das der Solidarschuldner, so dass gewisse Tatsachen für und gegen alle Schuldner wirkten. So z. B. besonders im römischen Rechte die litis contestatio mit ihrer bekannten Wirkung als Befreiungsgrund für alle. Auch haftete nach herrschender Ansicht der eine correus für das Verschulden des anderen.

Dass gerade uno actu die Schuldner sich verpflichteten, war jedoch nicht nötig, vielmehr konnte ein neuer Schuldner auch später hinzutreten, nur musste er eben in den alten ursprünglichen Vertrag eintreten. Ein solcher akzessorischer Beitritt war völlig anerkannt [1] [2].

Allerdings kann man zu der kumulativen Schuldübernahme im weiteren Sinne nicht bloss die Verpflichtung eines hinzutretenden Korrealschuldners, sondern auch die eines Bürgen rechnen, im engeren Sinne nur die des ersteren. Die kumulative Schuldübernahme wird auch vielfach „bestärkende“ genannt, ebenso wird dafür der Ausdruck „akzessorische Schuldübernahme“ gebraucht. Die privative Schuldübernahme dagegen wird auch als „befreiende“ oder als „translative“ bezeichnet.

Wenn wir in dieser Abhandlung dem Beispiel der meisten Schriftsteller nicht folgen, die stets von „sogenannter“ kumulativer Schuldübernahme reden, sondern schlechthin von „kumulativer Schuldübernahme“ sprechen, so gehen wir von der Annahme aus, dass die gegen diese Bezeichnung erhobenen teil-

---

[1]) Windscheid Bd. II § 297 Anm. 3.

[2]) Kuntze pag. 68: „Bei der einfachen Korrealobligation, welche den Akzessionsgedanken unterdrückt oder ausschliesst, ist es von jeher bestritten gewesen, ob nicht ein gemeinsamer Obligierungsakt erfordert wurde. Wie sollte anders die vollkommene Parität der plures rei (stipulandi vel promittendi) zum Ausdruck kommen als so, dass der gemeinsame Gläubiger seine Frage an alle zugleich richtete (fr. 4. 6. pr. fr. 11 § 2 de duob. reis [45, 2]), oder der gemeinsame Schuldner die Fragen Aller zugleich entgegennahm, um sie in einem Atem zu beantworten. Auf Ungetrenntheit des Aktes weist auch das „pariter deposui“ bei Papinian (fr. 9. pr. eod.) hin, wo dieser den Fall einer Korrealverpflichtung mehrerer Kondepositare aufstellt, wenn wir an den Gegensatz denken, in welchem Paulus das „non pariter“ zu „eodem tempore“ stellt (fr. 18 Comm. praedior. [8, 4]). Julian war es wohl, welcher zuerst eine freiere Praxis befürwortete, indem er ein modicum intervallum temporis gestattete (fr. 6. § 3 de duob. reis [45, 2]). Ulpian lässt dann Intervalle ohne Bedenken zu (fr. 3. pr. eod., confer aber Venulejus in fr. 12 pr. eod.).“

weise nicht ganz unberechtigten Bedenken reichlich aufgewogen werden durch den Umstand, dass sich über die kumulative Schuldübernahme eine so reiche Literatur entwickelt hat, dass wir wohl ruhig sagen können, die kumulative Schuldübernahme hat sich als terminus technicus in der deutschen rechtswissenschaftlichen Literatur gleichsam das Bürgerrecht erworben. Martinius kommt zu der gleichen Anschauung mit folgender Begründung[1]: „Wenn wir von kumulativer Schuldübernahme schlechthin reden, statt von sogenannter kumulativer Schuldübernahme, so verschliessen wir uns keineswegs dem Gewichte der Bedenken, welche gegenüber jener Bezeichnung von anderen[2]) erhoben worden sind. Wir halten dieselben jedoch nicht für wichtig genug, um auf den bequemen terminus zu verzichten und stets den schleppenden Zusatz anzubringen. Es ist ganz gewiss richtig, von der Schuldübernahme sollte eigentlich nur dann geredet werden, wenn ein neuer Schuldner durch Vertrag an Stelle des bisherigen tritt[3]), im Falle der „sogenannten privativen Schuldübernahme“ also. Bei der kumulativen Schuldübernahme handelt es sich um die Begründung der Verbindlichkeit eines anderen neben der Verbindlichkeit des alten Schuldners...... Die Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners bleibt bestehen, sie wird ihm nicht abgenommen, nicht übernommen. Da jeder der beiden Schuldner fortan dem Gläubiger zu derselben Leistung verpflichtet ist, dieser sie aber nur einmal fordern darf, so steht die nachträgliche Begründung eines Gesamtschuldverhältnisses in Frage[4]). Man würde deshalb vielleicht genauer von der Form der Verträge, durch welche sich neben dem ursprünglichen Schuldner ein anderer als Gesamtschuldner dem Gläubiger zur Leistung verpflichtet, zu sprechen haben. Ein solches Verfahren aber würde die Darstellung entsetzlich erschweren, und einen neuen terminus für die sogen. kumulative Schuldübernahme zu prägen, fühlen wir uns nicht berufen. Das Geschäft ist überdies zu undankbar. Wir werden also von kumulativer Schuldübernahme stets kurzweg reden, nicht von sogenannter.“

---

1) In Gruchots Beiträgen Bd. 49 pag. 183.

2) Namentlich auch E.d.R.G. Bd. 51 pag. 121 und Goldmann-Lilienthal § 122 Anm. 3 pag. 449.

3) Confer § 414 B.G.B.

4) Confer §§ 421 ff. B.G.B.

Wohl von der privativen und kumulativen Schuldübernahme zu unterscheiden ist die sogen. Erfüllungsübernahme, bei der jemand dem Schuldner verspricht, dessen Gläubiger zu befriedigen, ohne dass dieser ein neues Klagerecht erhält.

Die Erfüllungsübernahme nennt man auch „interne“, und im Gegensatz zu ihr nennt man die privative auch „externe“ Schuldübernahme.

Im B.G.B. ist der Unterschied zwischen Korreal- und Solidarobligation verschwunden. Das B.G.B. kennt nur eine Gesamtschuld und nur eine Art von Gesamtschuldnern. Hierüber wird in §§ 420 ff. gehandelt.

In den vorhergehenden §§ 414—419 spricht das B.G.B. über Schuldübernahme, jedoch beziehen sich die Vorschriften nur auf die privative Schuldübernahme, wenn auch dieser Ausdruck nicht gebraucht wird.

Der § 419 bildet allerdings eine Ausnahme[1]).

Die Vorschriften über die Bürgschaft finden sich, wie gesagt, in den §§ 765 ff. des B.G.B.

Von der kumulativen Schuldübernahme im engeren Sinne wird überhaupt nicht im B.G.B. ex professo gehandelt, wie denn auch das B.G.B. diese Bezeichnung ebensowenig wie die anderen erwähnten Ausdrücke: „bestärkend“ und „akzessorisch“ kennt.

Da nun das B.G.B. an keiner Stelle von solcher Schuldübernahme ausdrücklich spricht, so könnte man aus diesem Schweigen entweder folgern, dass das Gesetz dadurch hat andeuten wollen, dass es eine solche Schuldübernahme überhaupt nicht mehr geben soll, oder dass das Gesetz damit, dass es nur die privative geregelt hat, keineswegs das Vorkommen der kumulativen ausgeschlossen hat. Wir kommen daher zu der Frage:

„Gibt es heute noch eine kumulative Schuldübernahme?“

---

[1]) In diesem Paragraphen wird von der vertragsmässigen Übernahme eines Vermögens gehandelt und von der Haftung des Übernehmers neben dem bisherigen Schuldner den Gläubigern desselben gegenüber.

Es liegt hier ein Fall sog. gesetzlicher kumulativer Schuldübernahme vor. Darüber siehe weiter unten pag. 92 Abs. 2.

§ 4.

Die kumulative Schuldübernahme neben der privativen im heutigen Recht, gesondert von der Bürgschaft, als Gesamtschuldverhältnis.

Die Ansichten über die Geltung der kumulativen Schuldübernahme im heutigen Recht sind sehr geteilt.

Einige Schriftsteller verneinen überhaupt die Existenz einer solchen, andere halten sie für unpraktisch oder meinen, dass durch die Annahme einer solchen die Formvorschrift, die für die Bürgschaft vorgeschrieben ist, umgangen werden könnte, noch andere wollen nur eine gesetzliche kumulative Schuldübernahme anerkennen; sehr viele Schriftsteller jedoch sprechen sich allgemein auch für die Anerkennung einer vertragsmässigen kumulativen Schuldübernahme aus, wenn sie auch nicht alle mit der Bezeichnung „kumulative Schuldübernahme“ einverstanden sind.

Ganz verwirft die heutige Geltung derselben Bendix[1]). Er kennt nur eine privative Schuldübernahme. Ein Vertrag dagegen zwischen dem Gläubiger und einem Dritten, wonach letzterer nicht an die Stelle des Schuldners, sondern kumulativ neben diesen als Solidarschuldner treten soll, kann nach seiner Meinung nur als selbstschuldnerische Bürgschaft beurteilt werden.

Er beruft sich insbesondere auf eine Entscheidung des Reichsgerichts[2]), auf die wir noch genauer zu sprechen kommen.

Schon vor Bendix hat sich speziell v. Blume in fast derselben Weise erklärt[3]): Das B.G.B. regele allerdings in dem Titel Schuldübernahme nicht auch die „bestärkende“, es ermögliche sie aber nichtsdestoweniger; denn in der Lehre von der Bürgschaft wird in § 773 I die Verbürgung als Selbstschuldner erwähnt. Das ist die bestärkende Schuldübernahme des Gesetzes. Nimmt, so

1) pag. 330 und 393.

2) E.d.R.G. Bd. 51 Nr. 26. Confer auch unten Anm. 2 pag. 40.

3) Iherings Jahrbücher Bd. 39 pag. 390 ff., insbesondere pag. 426/27.

meint v. Blume weiter, jemand eine fremde Schuld auf sich, so will er entweder sich verbürgen, dann wird er es schon deutlich genug sagen, da der Begriff „Bürgschaft“ durchaus geläufig ist, oder er will den Urschuldner befreien, dann würde der Eintritt einer kumulativen Haftung seinen Absichten ganz und gar zuwiderlaufen. Die nachträgliche Begründung einer Gesamtschuld könne für den Übernehmer nur in Ausnahmefällen einen Zweck haben, da sie nur dem Gläubiger Nutzen bringe. Und so könne die Auslegungsregel nur lauten: „Im Zweifel für befreiende Schuldübernahme.“

Man sieht, v. Blume gibt der kumulativen Schuldübernahme wenigstens Raum, wenn er sie auch für so gut wie unpraktisch hält. Ähnlich äussert er sich schon an anderer Stelle [1]), wo er es für zweckmässig erklärt, eine sukzessive Begründung einer Gesamtschuld nach wie vor der Schuldübernahme zuzurechnen.

Dieselbe Meinung wird auch in der juristischen Monatsschrift für Posen, Ost- und Westpreussen [2]) in einem Beitrage von Witte vertreten. Er meint, dass es tatsächlich schwer sein würde, einen Unterschied zwischen der kumulativen Schuldübernahme und der Bürgschaft zu konstruieren; es würde sich aber auch nicht verlohnen. Für das Verkehrsbedürfnis, dem alles Privatrecht dienen soll, schaffe die Bürgschaft des B.G.B. eine in jeder Beziehung ausreichende Einrichtung. Wozu daneben noch die sogen. kumulative Schuldübernahme gelten lassen? Auch er bezieht sich auf die genannte Reichsgerichtsentscheidung und meint, dass eventuell die schriftliche Form der Bürgschaftsverpflichtung umgangen werden könnte.

Auf demselben Standpunkt steht v. Thur [3]), der sich dahin äussert, dass, wenn auch immer theoretische Unterscheidungen gezogen werden könnten, beide Verpflichtungsformen doch so nahe aneinander liegen, dass der Wille der Parteien für solch feine Nuancen unzugänglich sei.

Auch Schurter [4]) scheint eine kumulative Schuldübernahme als sehr ungewöhnlich zu erachten. Er sagt, wenn die freiwillige kumulative Schuldübernahme im Gesetzbuch nicht zu finden ist, so bedeutet das natürlich nicht ihren Ausschluss. Wenn es also

---

[1]) pag. 391.

[2]) Jahrgang 6 Nr. 5.

[3]) Deutsche Juristenzeitung, 5. Jahrgang Nr. 16, pag. 349.

[4]) pag. 375/76.

den Parteien einmal einfallen sollte, dem Gläubiger einen zweiten Hauptschuldner zu verschaffen, so wird ihnen das B.G.B. nicht im Wege stehen.

Dernburg[1]) erklärt sich auch dahin, dass die Vereinbarung einer bloss kumulativen Schuldübernahme — im Gegensatz zur privativen — allerdings selten sei. Öfters trete sie von Rechtswegen ein, insbesondere bei Übernahme eines Vermögens und eines kaufmännischen Geschäfts.

Mit zu diesen Meinungen hat das Reichsgericht in dem erwähnten Erkenntnis beigetragen[2]). In diesem Urteile wird die Ansicht vertreten, dass die Übernahme einer Schuld neben dem Urschuldner kaum etwas anderes sein könne als selbstschuldnerische Bürgschaft; ausgeschlossen allerdings sei es nicht, dass auch ein Dritter als Gesamtschuldner neben dem bisherigen Schuldner eintreten könne. Doch dürfe man diesen Fall nicht gut kumulative Schuldübernahme nennen. Zudem wird betont, dass auch für diesen die Schriftform verlangt werden müsse, da sonst die für die Bürgschaft ausdrücklich vorgeschriebene Form umgangen werden könnte.

Die Gründe, die für diese — sei es völlige oder beinahe völlige — Identifizierung der kumulativen Schuldübernahme mit der Bürgschaft sprechen, können aber nicht als stichhaltig erachtet werden. Schon Hasenbalg[3]) und Regelsberger[4]) haben eine solche Identifizierung für das gemeine Recht bekämpft, und die meisten Schriftsteller erkennen auch heute noch eine kumulative Schuldübernahme neben der Bürgschaft an, wenn sie auch statt dieser Benennung lieber den Namen Gesamtschuld oder Gesamtschuldverhältnis gewählt wissen wollen.

Zunächst sei kurz hervorgehoben, dass jedenfalls der Wortlaut des § 427 B.G.B. der Annahme einer kumulativen Schuldübernahme nicht entgegen steht. Dieser Paragraph lautet: „Verpflichten sich mehrere durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung, so haften sie im Zweifel als Gesamtschuldner.“ Auf das Wort „gemeinschaftlich“ darf man dabei kein besonderes Gewicht legen; denn der Paragraph findet nicht nur

1) Bürgerliches Recht, Bd. II pag. 355.

2) E.d.R.G. Bd. 51 Nr. 26,

3) pag. 60 ff.

4) Bayerisches Hypothekenrecht pag. 458. Vergleiche auch die dort zitierten Entscheidungen aus Seufferts Archiv!

Anwendung, wenn mehrere sich in einem und demselben Vertrage gleichzeitig verpflichten, sondern auch dann, wenn die gemeinschaftliche Verpflichtung durch zeitlich verschiedene Verträge eingegangen ist. Im letzteren Falle würde zudem ein Gesamtschuldverhältnis im Zweifel schon nach allgemeinen Grundsätzen anzunehmen sein, da ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, die einem anderen obliegende Verbindlichkeit zu erfüllen, in Ermangelung besonderer Umstände nur die Bedeutung haben kann, dass er als Gesamtschuldner haften will[1]).

Neuburger[2]) sucht die Formlosigkeit der kumulativen Schuldübernahme zu beweisen, indem er von der Konstruktion der kumulativen Schuldübernahme als der nachträglichen vertragsmässigen Begründung eines Gesamtschuldverhältnisses ausgeht. Er zieht den § 780 B.G.B. überhaupt nicht in den Kreis seiner Ausführungen und hält es offenbar für selbstverständlich, dass auf ihn nicht zurückgegriffen werden kann.

Rehbein[3]) betrachtet die kumulative Schuldübernahme in ganz eigenartiger, teilweise nicht unwidersprochener Weise: „Den vertragsmässigen Eintritt eines Dritten als Mitschuldners in ein bestehendes Schuldverhältnis die sogen. kumulative Schuldübernahme, constitutum debiti alieni, behandelt das B.G.B. nicht. Um Schuldübernahme im Sinne des B.G.B. §§ 414—418 handelt es sich dabei nicht, da der Schuldner nicht ausscheidet, sondern bleibt, und ein anderer hinzutritt. Die Möglichkeit eines solchen Vertrages versteht sich nach B.G.B., wie nach früherem Recht, E. d. R.G., Bd. 31, pag. 109, 110 (Wechselrembours) von selbst. E.d.R.G., Bd. 51, pag. 120.

Wenn A an B verkauft hat, B nach Abrede mit C für diesen mitgekauft hat, so ist nicht abzusehen, weshalb nicht C durch Vertrag mit A sich als Mitschuldner des B soll verpflichten dürfen. Noch weniger ist dies zu bezweifeln, wenn der Ehemann einem Rechtsgeschäft der Frau zustimmt und sich zugleich selbst verpflichtet. §§ 1399, 1405 B.G.B. Das ist nicht Bürgschaft, auch nicht selbstschuldnerische, und die Schriftform kann aus § 766 B.G.B. deshalb nicht verlangt werden, wenn nicht der Weg des abstrakten Schuldversprechens § 780 B.G.B. gewählt wird. In vielen Fällen wird es sich allerdings um Bürgschaft handeln,

---

1) Confer **Planck** § 427 A und § 414 A. 2.

2) pag. 381 ff.

3) pag. 415.

und dann deren Form verlangt werden müssen. So lag der Fall in dem" — vielfach angefochtenen und von uns zitierten — „Reichsgerichtsurteil (E.d.R.G. Bd. 51, pag. 120). Das war nichts als Bürgschaft, ebenso wie in E.d.R.G. Bd. 10 pag. 186."

Zweifellos muss der Richter in jedem einzelnen Falle, bei dem es zweifelhaft ist, ob die Parteien eine Bürgschaft — einfache oder selbstschuldnerische — oder eine kumulative Schuldübernahme vereinbaren wollten, festzustellen suchen, was die Parteien tatsächlich gewollt haben. Ist es aber wahrscheinlich oder glaubhaft, dass die Parteien den Weg der Bürgschaft wählen, wenn C verspricht, die Schulden des völlig zahlungsunfähigen B zu zahlen, und nach eigenem Zugeständnis in demselben Momente, wo er das Versprechen abgibt, weiss, dass B völlig insolvent ist, und dass er (C) also selbst zahlen muss? Gerade dieser Fall zeigt ganz markant auf eine Schuldübernahme, und da B trotzdem verhaftet bleibt, so liegt das schönste Beispiel von kumulativer Schuldübernahme vor.

„In vielen Fällen," fährt Rehbein fort, „wird es zweifelhaft und kaum zu entscheiden sein, ob der Wille des Dritten und des Gläubigers auf Begründung eigener selbständiger solidarischer Verbindlichkeit oder auf Begründung der Verpflichtung gegangen ist, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners einzustehen. § 765 B.G.B. Von Bedeutung ist der Unterschied, mit Rücksicht auf die §§ 422, 423, 425 B.G.B. einerseits und §§ 766, 767, 768, 776 B.G.B. andererseits. Auch selbstschuldnerische Bürgschaft bleibt immer Bürgschaft, akzessorische Verbindlichkeit aus der Bürgschaftserklärung für fremde Schuld. Davon ist nicht die Rede, wenn ein Dritter als Gesamtschuldner in einen nicht von ihm geschlossenen Vertrag eintritt. Damit ist immer Anerkennung der fremden Schuld als eigene verbunden, dadurch der Unterschied von der Bürgschaft, auch der selbstschuldnerischen, gegeben[1]).

---

[1]) In dem weiter unten kurz skizzierten Falle, der dem besprochenen Reichsgerichtsurteil zugrunde lag — vergleiche pag. 38 dieser Abhandlung — hat C noch weiter erklärt, ich bezahle die Schuld meines Sohnes B, damit von dessen Verfehlungen (B war unter Hinterlassung vieler Schulden geflüchtet) nichts an die Öffentlichkeit kommt. Hat C damit nicht die fremde Schuld seines Sohnes B als eigene anerkannt? Ist nicht C als Gesamtschuldner, als Kumulativschuldner in den nicht von ihm, sondern von A und B geschlossenen Vertrag eingetreten? Da diese von Rehbein normierten Merkmale auf den Fall zutrafen, warum hat er trotzdem erklärt: „Das ist nichts anderes als

Ob. Tr. 18 pag. 225, 21 pag. 196 O.H.G. 20 pag. 77 (gem. Recht). E.d.R.G. Bd. 8 pag. 261, 266. Allgemein kann deshalb der Satz, dass das constitutum debiti alieni immer die Schriftform fordere, nicht aufgestellt werden."

Dieser letzte Satz der Rehbein'schen Ausführungen verwirrt wieder den sonst so prägnant und scharf gefassten Gedankengang dieses Schriftstellers. Oben hat er die kumulative Schuldübernahme mit dem constitutum debiti alieni identifiziert, dann gesagt, die Schriftform könne bei dieser kumulativen Schuldübernahme — also auch bei dem constitutum debiti alieni — nicht verlangt werden, und in dem Schlussatze kommt er nun zu dem Ergebnis, dass „allgemein"[1]) die Schriftlichkeit beim constitutum debiti alieni nicht verlangt werden könne, während unseres Erachtens logisch als Fazit aus dem Vorhergegangenen hätte gefolgert werden müssen:

„Es kann deshalb der Satz, dass die kumulative Schuldübernahme die Schriftform fordere, nicht aufgestellt werden."

Für uns genügt jedenfalls die Feststellung, dass Rehbein eine formlose kumulative Schuldübernahme als im heutigen Rechte bestehend völlig anerkennt. Andere Schriftsteller kommen auch zu diesem Ergebnisse, wenn auch mit anderer Begründung.

Insbesondere tritt Stammler für das Bestehen einer kumulativen Schuldübernahme ein; er sagt[2]):

„Allerdings ist im B.G.B. nur von der privativen Schuldübernahme die Rede, das erklärt sich genügend aus der Notwendigkeit, dem seitherigen zerfahrenen und unsicheren Rechtszustande gegenüber eine zweifelsfreie Gewissheit über die Zulässigkeit dieser Übernahme zu schaffen. Die ausdrückliche Anerkennung und Regelung war deshalb unerlässlich. Dagegen lag für eine besondere Feststellung dessen, dass man sich einem Gläubiger durch Vertrag neben dem Schuldner in solidarischer Haftung verpflichten könne, kein Anlass vor, da diese Möglichkeit nach den allgemein geltenden Satzungen des neuen Schuldrechts so wie so feststand."

Bürgschaft."? Nach unserer Auffassung hat gerade Rehbein durch eben zitierte Abgrenzungen des Gebietes der Bürgschaft von dem der kumulativen Schuldübernahme einen schlagenden Beweis geliefert gegen die Entscheidung des Reichsgerichts und gegen seine eigene Auffassung des Falles.

[1]) Wenn allgemein die Schriftform nicht verlangt werden kann, so müsste sie doch in einzelnen Fällen der kumulativen Schuldübernahme erforderlich sein. Welche Fälle Rehbein hier im Auge hatte, ist unklar.

[2]) pag. 207, confer auch pag. 211.

Ausser diesem Schriftsteller seien erwähnt: Matthiass, der das Bestehen der kumulativen Schuldübernahme völlig anerkennt [1]). Ebenso Crome [2]), Cosack [3]), Goldmann-Lilienthal [4]), Oertmann [5]) und Th. Engelmann [6]), Kuhlenbeck [7]) und Schollmeyer [8]). Auch das Oberlandesgericht Celle [9]) erklärt sich dahin, dass eine kumulative Schuldübernahme allerdings im B.G.B. nicht besonders erwähnt werde, dass sie aber bei der im B.G.B. vorgesehenen Vertragsfreiheit keineswegs als ausgeschlossen zu betrachten sei. Ebenso erkennt das Oberlandesgericht Rostock [10]) eine kumulative Schuldübernahme ohne weiteres an; ferner das Oberlandesgericht Dresden [11]). Besondere Erwähnung verdienen noch zwei Urteile des Oberlandesgerichtes Frankfurt a. M. vom 9. Februar und 6. April 1903 [12]), von denen das letztere speziell die Berechtigung der kumulativen Schuldübernahme und ihre Unterscheidung von der Bürgschaft hervorhebt.

Übrigens haben sich diese beiden Urteile wie auch das Oberlandesgericht Celle gegen die Notwendigkeit der Schriftform, die Oberlandesgerichte Rostock und Dresden dagegen für sie ausgesprochen [13]).

Erwähnt seien schliesslich Krettner, Herz und Heil, die sich in ihren Dissertationen für das Bestehen der kumulativen Schuldübernahme erklären, insbesondere der letztere hebt die praktische Geltung der kumulativen Schuldübernahme hervor [14]).

---

[1]) pag. 462 und 463.

[2]) pag. 350.

[3]) § 116 Abschn. 2 pag. 399.

[4]) Bd. I Abt. 2 pag. 450 Anm. 4.

[5]) Bd. II pag. 285 Abschn. 5, 2.

[6]) pag. 709/10.

[7]) pag. 299.

[8]) Bd. I, erste Hälfte pag. 395 Anm. 3 und Bd. I, zweite Hälfte pag. 171 Anm. 2.

[9]) Urteil vom 28. Nov. 1901.

[10]) Urteil vom 4. Dezember 1902, Rechtsprechung der O.L.G. Bd. 6 Nr. 71.

[11]) In einem Urteil vom 31. Januar 1903.

[12]) Von den angeführten Urteilen haben uns die drei letzteren im Wortlaut resp. im Auszug nicht vorgelegen. Wir zitieren sie daher nur soweit, als sie uns aus anderem Material bekannt geworden sind.

[13]) Näheres darüber weiter unten.

[14]) Eine eigentümliche Anschauung vertritt Siméon pag. 334; er meint, dass bei der kumulativen Schuldübernahme verschiedene Arten von Geschäften

Wir möchten aber sogar noch weiter gehen und zu behaupten wagen, dass das B.G.B. an sich die kumulative Schuldübernahme kennt.

Einmal findet sich unzweifelhaft diese als gesetzliche Schuldübernahme[1]) im § 419 B.G.B., wenn auch hier von einer Vermögensübernahme gesprochen wird[2]). Warum sollte es also im heutigen Rechte nicht auch eine vertragsmässige geben? Zudem ist aber geradezu ein Fall einer solchen im B.G.B. vorhanden. Dies ergibt sich aus einer genauen Betrachtung des § 329, auf den wir später zurückkommen werden[3]).

---

vorliegen könnten und nennt ausser der Bürgschaft das Garantieversprechen und den Anerkennungsvertrag (§ 781 B.G.B). Birkenbühl („Das Recht", Jahrgang 7 Nr. 11 pag. 286/87) und Hellbach (ebenda Nr. 13 pag. 335) wollen in der kumulativen Schuldübernahme ein abstraktes Schuldversprechen, resp. „ein die Verpflichtung selbständig begründendes Versprechen" (§ 780 B.G.B.) erblicken.

Dagegen haben sich mit Recht Silbermann (Blätter für Rechtsanwendung Bd. 68 Nr. 19), Josef (Deutsche Juristenzeitung, Jahrgang 8 Nr. 18 pag. 422/23) und David („Das Recht", 7. Jahrgang Nr. 14 pag. 356/57) erklärt.

[1]) Erwähnt seien auch die offenkundigen Fälle von gesetzlicher kumulativer Schuldübernahme im §§ 25—27 H.G.B., confer auch 2382 B.G.B.

[2]) Confer Oertmann, pag. 285, Abschn. 5, 2; Rehbein, pag. 433/34; Kuhlenbeck, pag. 313 ff.; Schollmeyer, pag. 411; Seufferts Archiv Bd. 60 Nr. 3 pag. 5 ff. und E.d.R.G. Bd. 65 1907 pag. 164.

[3]) pag. 53 ff. vorliegender Abhandlung, insbesonders pag. 55 Abschn. 1.

§ 5.

Die generelle Unterscheidung zwischen diesen beiden Verpflichtungen unter Berücksichtigung der privativen Schuldübernahme.

Wenn es nun eine kumulative Schuldübernahme neben der Bürgschaft gibt, wann liegt jene und wann diese Verpflichtung vor?

Erklärt jemand, für einen anderen haften zu wollen, so kann die Haftung an sich in sehr verschiedenem Sinne gemeint sein; es ist möglich, dass er anstatt des anderen oder neben ihm haften will. Die Parteien können also eine privative Schuldübernahme oder eine kumulative Schuldübernahme im weiteren Sinne gewollt haben. Welche von beiden dem Willen der Parteien entspricht, kann im einzelnen Falle zweifelhaft sein. Wir werden deshalb auch die privative Schuldübernahme im folgenden berücksichtigen. Steht es aber fest, dass die Parteien eine kumulative Schuldübernahme im weiteren Sinne beabsichtigt haben, so würde es sich wieder darum handeln, festzustellen, ob die Verpflichtung eines Bürgen — sei es einfachen oder selbstschuldnerischen — oder eines Gesamtschuldners gewollt sei. Je nachdem würden die Paragraphen über die Bürgschaft oder die Gesamtschuld in Betracht kommen.

Die Unterschiede zwischen beiden Verpflichtungen sind bedeutend. Mit der ersteren kann ein anderer wirtschaftlicher Zweck verfolgt werden wie mit der letzteren. Die Bürgschaft dient lediglich zur Sicherheit für den Gläubiger, ein Gesamtschuldverhältnis dagegen kann darüber hinaus anderen Zwecken, insbesondere den Interessen des Schuldners selbst dienen. Ferner hat die Bürgschaft eine streng akzessorische Natur, während bei der Gesamtschuld dieser akzessorische Charakter mehr zurücktritt, mit anderen Worten: für die Verpflichtung des Bürgen ist der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit massgebend, für die des hinzutretenden Gesamtschuldners kommt nur der Bestand der Hauptverbindlichkeit zur Zeit der Schuldübernahme in Betracht. Der

Bürge haftet immer für eine fremde Schuld, der hinzutretende Gesamtschuldner aber für eine eigene. Ersterer kann sich im allgemeinen aller Einreden aus der Person des Hauptschuldners bedienen, während letzterer dies nur in beschränkter Weise tun kann. Die Haftung des Bürgen ist zudem an sich eine subsidiäre. Fällt die Subsidiarität wie bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft weg, so nähert sich allerdings diese Bürgschaft der Gesamtschuld, aber ihr streng akzessorischer Charakter bleibt dieser gegenüber immer bestehen.

Die speziellen Unterschiede werden später eine genauere Berücksichtigung finden.

Wann wird man sich nun aber im Einzelfalle für eine Bürgschaft und wann für ein Gesamtschuldverhältnis entscheiden, wenn es zweifelhaft ist, was die Parteien gewollt haben? Auf diese Frage wollen wir zunächst näher eingehen und dabei insbesondere die Bedeutung der Schriftform berücksichtigen. Hierbei kommt aber als wichtiger Punkt noch in Betracht, in welcher Weise der neu hinzutretende Schuldner auftritt, ob er sich direkt bei dem Gläubiger verpflichtet oder zunächst mit dem Schuldner verhandelt. Im letzteren Fall würde es sich weiter fragen, ob und wann in dieser Verhandlung ein Vertrag zugunsten Dritter zu finden ist. Falls eine Gesamtschuld oder eine Bürgschaft in dieser Weise zustande gekommen ist, so würden zudem die §§ 328 ff. über das Versprechen der Leistung an einen Dritten in Betracht kommen.

Man kann also nicht ohne weiteres sagen, wie manche Schriftsteller wollen, die kumulative Schuldübernahme im weiteren Sinne ist Bürgschaft oder ist Gesamtschuld oder ein pactum in favorem tertii, sondern sie kann sich im Einzelfalle als das eine oder das andere darstellen [1]).

---

[1]) Confer insbesondere Matthiass, pag. 462/63, Heil, pag. 119.

§ 6.

Direkter Vertragsabschluss zwischen Schuldübernehmer und Gläubiger. — Die Bedeutung und Anwendung der Schriftform.

Schliesst der Übernehmer direkt mit dem Gläubiger ab, so sind folgende Möglichkeiten vorhanden:

Der neue Schuldner will anstatt des alten bei dem Gläubiger eintreten. Diese Absicht muss deutlich zum Ausdruck kommen oder aus den Umständen klar erhellen. Die Parteien müssen sich des für den alten Schuldner schuldbefreienden Charakters des zwischen ihnen einzugehenden Rechtsgeschäftes klar bewusst sein. In der Regel wird es ja auch im Interesse des Gläubigers, der ohne weiteres den alten Schuldner nicht wird verlieren wollen, liegen, etwaigen Zweifeln nicht Raum zu lassen. Wofür soll man sich aber im Zweifel entscheiden, für privative oder kumulative Schuldübernahme?

Sehr viele Schriftsteller haben sich dahin ausgesprochen, dass man im Zweifel eine privative Schuldübernahme anzunehmen habe. So Windscheid[1]), Dernburg[2]), v. Blume[3]), Regelsberger[4]), Schurter[5]), Herz[6]) und andere.

Als Gründe werden angeführt, eine kumulative Schuldübernahme werde von den Parteien seltener beabsichtigt; es widerspräche der im Verkehr vorherrschenden Auffassung und daher auch dem Grundsatze, die ergänzenden Rechtsregeln so zu normieren, wie sie dem Parteiwillen entsprechen. Von einer kumulativen Schuldübernahme habe keiner der Kontrahenten einen Vor-

---

1) Kritische Überschau Bd. I pag. 39.

2) Pandekten Bd. II pag. 147.

3) Novation, Delegation und Schuldübertragung pag. 138 und in „Iherings Jahrbüchern“ Bd. 39 pag. 426/27.

4) Archiv Bd. 67 pag. 30.

5) pag. 314/15.

6) pag. 62.

teil, der Schuldner nicht, weil er weiter haftet, der Übernehmer nicht, weil seine Verpflichtung dahin geht, den Urschuldner von seiner Schuld zu befreien. Der Gläubiger profitiere allein dabei, indem er einen zweiten Schuldner für die gleiche Schuld bekommt, während die Parteien das Interesse desselben gar nicht zu fördern beabsichtigen. Der Übernehmer will vielmehr in Erfüllung der ihm gegen den Urschuldner obliegenden Verpflichtung den Gläubiger vor die Alternative stellen, entweder den Urschuldner statt seiner freizugeben oder überhaupt auf seine Haftung zu verzichten. Schliesslich weise auch das Wort „übernehmen" nach dem Sprachgebrauch dahin, die Leistung dem Schuldner abzunehmen und sie auf sich zu nehmen, also habe man sich im Zweifel für befreiende oder privative Schuldübernahme zu entscheiden.

Immerhin haben sich aber eine Reihe von Schriftstellern, deren Ansicht auch wir uns anschliessen wollen, auf den entgegengesetzten Standpunkt gestellt. So Stammler[1]) Matthiass[2]), Hellwig[3]), Krettner[4]), früher auch Regelsberger[5]) u. a. m. Sie gehen davon aus, dass es für den Übernehmer weniger beschwerlich sei, wenn er bloss als Schuldner hinzutrete, als wenn er sich allein verpflichte, und es entspräche der allgemeinen Auslegungsregel, nach der im Zweifel für die geringere Belastung des durch den Vertrag Beschwerten zu entscheiden sei[6]). Zudem gibt auch der Gläubiger durch die privative Schuldübernahme mehr auf als durch die kumulative.

Falls nun aber eine Schuldübernahme neben dem Urschuldner zweifellos vorliegt, so kann es doch fraglich sein, welche Art der Haftung beabsichtigt sei, ob eine Bürgschaft — einfache oder selbstschuldnerische — oder eine Gesamtschuld gewollt sei.

Hier aber kommt es für die Auslegung des Parteiwillens vor allem darauf an, welcher Zweck mit der Übernahme der Schuld neben der Urschuld verfolgt werden sollte. Derselbe wird in vielen

---

[1]) pag. 207.

[2]) pag. 462.

[3]) pag. 179.

[4]) pag. 30.

[5]) bayr. Hypothekenrecht pag. 460.

[6]) Dieser Grundsatz findet sich in den römischen Quellen ausgesprochen lex 34 Dig. 50, 17 und lex 47 Dig. 44, 7. Gegen die Anwendung desselben auf das B.G.B. erklärt sich von Blume in „Iherings Jahrbücher" Bd. 40 pag. 113. Das B.G.B. kenne vielmehr nur die beiden Auslegungsregeln der §§ 133 und 157.

Fällen ersichtlich sein. Ferner aber wird auf die Ausdrucksweise der Parteien Gewicht zu legen und auch die Schriftform als solche zu berücksichtigen sein. Eine gewöhnliche Bürgschaft wird den Interessen der Parteien nur dann entsprechen, wenn der einzige Zweck der Schuldübernahme derjenige der Sicherheit des Gläubigers ist, und ausserdem für den neuen Schuldner eine möglichst schonende Form der Haftung gefunden werden soll. Er haftet ja erst subsidiär.

Aber auch die selbstschuldnerische Bürgschaft wird wie die gewöhnliche nur dann im Interesse der Parteien liegen, wenn eben der einzige Zweck der der Sicherung des Gläubigers ist. Die Parteien werden diese statt der gewöhnlichen dann wählen, wenn eine strengere Form der Haftung für den Schuldübernehmer eintreten soll.

Selbstverständlich wird die Übernahme auch im Interesse des Schuldners liegen, möglicherweise auch im Interesse dieses und des Übernehmers, aber der Vorteil des Schuldners ist doch erst die Folge der Übernahme. Diese ist das erste und hauptsächlichste. Die durch dieselbe gewährte Sicherheit wird erst den Gläubiger veranlassen, die Lage des Schuldners günstiger zu gestalten.

Was dagegen die Gesamtschuld anlangt, so kann die Übernahme derselben allerdings ebenso wie die gewöhnliche und selbstschuldnerische Bürgschaft zur Sicherung des Gläubigers dienen. Man kann aber mit ihr auch ganz andere Zwecke im Auge haben.

Dass die Arten der Bürgschaft einzig und allein dazu dienen, dem Gläubiger grössere Sicherheit zu bieten, spricht sich in der Akzessorität, Subsidiarität und vor allem in der Regelung des Regresses aus.

Bei der Haftung als Gesamtschuldner kann man dagegen neben der Sicherung des Gläubigers, der sie ja oft dienen wird, noch ganz andere Zwecke verfolgen. Das geht schon aus der Regelung des Regresses in § 426 B.G.B. hervor; denn in solcher Weise kann der Regress nur dort geregelt sein, wo der hinzutretende Schuldner nicht wie bei der Bürgschaft bloss zur Sicherung des Gläubigers da ist, sondern auch selbst interessiert resp. materiell beteiligt sein kann.

Erwähnt sei hier das Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt a. M. vom 6. April 1903, in dem es heisst: Die kumulative Schuldübernahme und die Bürgschaft hätten nicht notwendig denselben wirtschaftlichen Charakter; die erstere werde viel häufiger

einen gesunden wirtschaftlichen Beweggrund haben, als dies bei der Bürgschaft der Fall sein würde.

Wir wollen folgendes Beispiel geben: Ein Offizier aus altadeliger Familie gerät in Schulden, die Ehre der Familie steht auf dem Spiel. Ein Verwandter A entschliesst sich zunächst zu helfen. Er wendet sich an einen Geldmann C. Dieser gibt ihm, da er denselben für solvent kennt, bereitwilligst die gewünschte Summe. B, ein anderer Verwandter, hört davon und tritt aus Ehr- und Anstandsgefühl bei dem Gläubiger freiwillig für die Schuld ein, obgleich der Gläubiger völlig genügend gesichert war. B will hier in derselben Weise haften wie A und hinter dessen Haftung in keiner Weise zurückstehen. Der eine Schuldner will nicht besser gestellt sein als der andere.

Ein anderes Beispiel gibt Heil. Wir wollen es in kurzer Fassung wiedergeben. A kauft ein Landgut, und das Eigentum wird auf ihn regelrecht übertragen, obgleich er den Kaufpreis schuldig geblieben ist. Nach einiger Zeit kommt er zu der Überzeugung, dass es für ihn zweckmässiger wäre, den Betrieb mit einem anderen gemeinsam zu führen. Er macht darauf mit B aus, dass sie die Bewirtschaftung gemeinsam betreiben wollen. Jeder soll zur Hälfte an Gewinn und Verlust beteiligt sein. Das Gut wird nun aus dem Alleineigentum des A in das Miteigentum des A und B übertragen, so dass jeder zur Hälfte ideell daran berechtigt ist. A haftet nun für den noch nicht bezahlten Kaufpreis dem Gläubiger aus dem Kaufvertrage mit seinem ganzen Vermögen, B haftet zwar auch nach § 419 B.G.B. für den Kaufpreis[1]), aber nur in beschränkter Weise[2]). Nun ist es aber nicht mehr als recht und

[1]) So wie Heil das Beispiel darstellt, würde wohl B überhaupt nicht haften für den Kaufpreis, auch nicht nach § 419 B.G.B.; denn zweifellos spricht der § 419 nur von der vertragsmässigen Übernahme eines ganzen Vermögens, wenn auch allgemein anerkannt wird, dass einzelne Vermögensstücke zurückbehalten werden dürfen. Jedenfalls hatte Heil den Fall im Auge, dass auch dann ein Vertrag über das Vermögen vorliegen kann, wenn im Vertrage nur eine einzelne Sache, z. B. ein Landgut genannt war, vorausgesetzt nur, dass die Vertragsauslegung die Absicht eines Vermögensübernahmevertrages ergibt. Derartiges mag öfter bei bäuerlichen Gutsübernahmeverträgen vorkommen, bei denen sich die Parteien darauf beschränken, als Vertragsgegenstand das Gut zu benennen, wenn es den einzigen nennenswerten Bestandteil des Vermögens bildet.

Wir setzen bei unseren Betrachtungen für obiges Beispiel einen solchen Tatbestand als gegeben voraus.

[2]) Confer § 419 Abs. 2.

im Interesse des Gemeinschaftsverhältnisses liegend, dass B, der sonst in allem dem A gleichsteht, ihm auch in der Schuldnerrolle gleichgestellt wird, d. h. bei dem Gläubiger einfach die Solidarhaftung übernimmt. Jetzt haftet er ebenso wie A mit seinem ganzen Vermögen. Auch wird es den Intentionen der Parteien völlig entsprechen, dass sich die Ausgleichungspflicht nach § 426 B.G.B. regelt. Hier hat also der Übernehmer die Haftung neben dem Urschuldner sicherlich nicht deshalb übernommen, um dem Gläubiger grössere Sicherheit zu bieten. Durch den Hinzutritt des B hat er schon an sich eine genügende Sicherung erlangt. Warum ihm also ohne sein Verlangen eine grössere geben? Er übernimmt kein grösseres Risiko und braucht daher auch keine grössere Sicherheit.

Herbeiziehen wollen wir auch § 130 H.G.B. Dieser lässt den einer offenen Handelsgesellschaft neu Beitretenden als Gesamtschuldner auch für die vor seinem Eintritt kontrahierten Schulden haften. Dabei ist es vollständig gleichgültig, ob derselbe Vermögen oder nur eine tüchtige Arbeitskraft mitbringt. Die übrigen socii mögen sämtlich vermögend sein. Hier liegt es klar auf der Hand, dass mit der gesetzlichen Anordnung der Haftung als Gesamtschuldner ganz andere Zwecke verfolgt werden können als die, den Gläubiger zu sichern. Ein Gesellschafter soll eben nicht besser gestellt sein als der andere.

Haben die Parteien mit einer Schuldübernahme lediglich die Sicherheit des Gläubigers bezweckt, so können nach unseren Ausführungen an sich für die Auslegung des Parteiwillens entweder gewöhnliche oder selbstschuldnerische Bürgschaft oder auch Gesamtschuld in Betracht kommen; wofür soll man sich aussprechen, wenn keine weiteren Anhaltspunkte für das Gewolltsein der einen oder anderen Art sprechen?

Nach dem obigen allgemeinen Satze: „in dubio Annahme der geringeren Haftung“ würde man sich zunächst für die gewöhnliche Bürgschaft aussprechen müssen und zuletzt für Gesamtschuld. Jedoch werden hier folgende Erwägungen anzustellen sein: Die gewöhnliche Bürgschaft dient der Sicherung des Gläubigers doch nur in beschränktem Masse, da er sich zunächst an den Hauptschuldner wenden muss. Zudem ist aber im Geschäftsverkehr die selbstschuldnerische Bürgschaft die überwiegend vorherrschende Art der Verbürgung, abgesehen von gewissen Gesellschaftskreisen,

wo auch die einfache Bürgschaft ohne weiteres als genügend gelten wird.

Die selbstschuldnerische Bürgschaft reicht aber jedenfalls stets zur Sicherung des Gläubigers aus, und überschiesst nicht, wie dies bei der Gesamtschuld der Fall sein würde, das Ziel, indem sie den Übernehmer über das Mass der Notwendigkeit hinaus haften lässt.

Ist der Zweck der Schuldübernahme aber ein anderer als derjenige der blossen Sicherung des Gläubigers, so können die Bürgschaftsarten nicht in Betracht kommen, vielmehr ist zu vermuten, dass die Parteien ein Gesamtschuldverhältnis haben herstellen wollen. Gewiss wird man auf die gebrauchten Worte Gewicht zu legen haben, und die Ausdrücke „Bürge", „Bürgschaft" sind gewiss allseitig bekannt. Man wird aber deshalb kaum so weit gehen können, dass man sagt: wenn die Parteien wirklich Bürgschaft meinen und wollen, so werden sie es auch direkt oder doch indirekt zum Ausdruck bringen; daher habe man sich, wenn dieses nicht geschah, schon deshalb für Gesamtschuld zu entscheiden. Also im Zweifel Gesamtschuld und nicht Bürgschaft[1])!

Nun ist aber für die Bürgschaft — gewöhnliche wie selbstschuldnerische — ausdrücklich die Schriftform vorgeschrieben[2]), nicht aber für die Gesamtschuld. Selbstverständlich können die Parteien aber auch diese ebenfalls schriftlich vollziehen; es fragt sich nun, ob und welches Gewicht auf die Schriftform zu legen ist, und inwiefern dieselbe bei Auslegung des Parteiwillens in Betracht kommen kann. Zunächst wollen wir jedoch auf die Bedeutung der Schriftform als solche eingehen.

Die Schriftform hat wie jede Formvorschrift ihre Vorteile und Nachteile. Die Vorteile sind im allgemeinen folgende: Die Parteien sollen dadurch einmal zur ruhigen Überlegung angehalten und vor Übereilung bewahrt werden. Ferner wird der Inhalt des Rechtsgeschäftes bei der Schriftform in bestimmten Worten dauernd fixiert, und zudem meist der endgültige Abschluss zu etwa vorausgegangenen Vorverhandlungen scharf markiert. Die Schriftform ermöglicht zudem die Geheimhaltung einer Erklärung und bietet vor allem ein sicheres Beweismittel, was besonders für die Er-

---

[1]) So Windscheid-Kipp Band II pag. 375 Abschnitt III, confer Stammler pag. 207 Anm., Hellwig pag. 176f.

[2]) § 766 B.G.B., confer § 125 B.G.B.

hebung der Klage von Wichtigkeit ist; eventuell würde dieselbe im Urkundenprozess durchgeführt werden können [1]).

Andererseits ist zu bedenken, dass oft eine Unterschrift auf Treu und Glauben abgegeben wird; verbieten doch Anstand und Sitte bisweilen die Beachtung einer Form vom Gegner überhaupt zu verlangen. Von dem Inhalt der Urkunde wird oft keine oder doch keine genügende Kenntnis genommen; das Geschriebene braucht daher nicht immer dem Willen der Parteien zu entsprechen. Zudem enthalten Schriftstücke häufig Unklarheiten in der Ausdrucksweise, wenn sie nicht gerade von rechtskundigen Personen ausgestellt sind.

Was speziell die Schriftform für das Bürgschaftsversprechen anlangt, so ist es interessant, wie die Ansichten bis zur Entstehung des § 766 B.G.B. gewechselt haben. Der erste Entwurf forderte gar keine Form, in der zweiten Kommission wurde der Antrag auf schriftliche Form abgelehnt, erst die Reichstagskommission entschied sich dann für dieselbe, insbesondere um leichtsinniger Übernahme einer Bürgschaft vorzubeugen. Eingetreten für die Schriftform sind an sich viele Juristen. Angeführt wird, dass ohne die Form auch eine bloss stillschweigende durch konkludente Handlungen abgeschlossene Bürgschaft als verpflichtend zugelassen werden müsste. Andererseits käme in Betracht, dass im B.G.B. die Vorschriften über das Verbot der Interzessionen der Frauen beseitigt sind, und ferner sei zu bedenken, dass zahllose Menschen sich alljährlich durch Bürgschaften unglücklich machen, indem sie leichtfertig ein Versprechen geben und dann als Bürgen herangezogen werden. Daher empfehle sich als Minimum die Schriftform, damit etwas mehr Überlegung stattfinde, als bei mündlichen vielfach unbestimmten Erklärungen. So insbesondere äussert sich Gierke [2]).

Dass Bürgschaften oft leichtsinnig übernommen werden, ist gewiss, aber erfahrungsgemäss wird der Zweck leichtsinnigen Eingehens von Bürgschaften durch die einfache Schriftform auch nicht vereitelt. Cosack [3]) führt als Grund für die Schriftlichkeit noch an, dass es oft schwierig sei, zu unterscheiden, ob der angebliche Bürge wirklich eine Bürgschaft hat übernehmen oder

---

1) Confer Motive Bd. II pag. 188f, pag. 89; ferner Rotmann pag. 19.

2) Verhandlungen des Preussischen Landes-Ökonomie-Kollegiums 1889 pag. 487.

3) § 158 Abschn. III 2a pag. 583.

nicht vielmehr den Hauptschuldner bloss nach bestem Wissen, aber ohne Verbindlichkeit hat empfehlen wollen. Ähnlich äussert sich Dernburg[1]).

Allerdings ist eine Form auch nach dem B.G.B. nicht nötig beim Kreditmandat. Dieses Geschäft wird, wie schon oben erwähnt, zunächst unter den Begriff des Auftrags gebracht, und es waltet hier der wichtige Unterschied ob, dass der Auftraggeber ein Recht der Kündigung hat, bis es zur Kreditgewährung gekommen ist.

Bemerkt sei ferner, dass, falls die Bürgschaft auf seiten des Bürgen ein Handelsgeschäft ist, eine Form nicht nötig ist; es sei denn, dass der Bürge Minderkaufmann ist[2]).

Während nun für die Bürgschaft das B.G.B. die Schriftform festgesetzt hat, hat es keine Form für die Schuldübernahme aufgestellt, insbesondere nicht für die sogen. kumulative im engeren Sinne.

Allerdings war in der Reichstagskommission der Antrag gestellt worden, auch für die Schuldübernahme im B.G.B., d. h. für die privative, die Schriftform vorzuschreiben. Dieser Antrag wurde aber abgelehnt, weil für das Gegenstück der Schuldübernahme, die Zession, keine schriftliche Form erforderlich sei, und die Schuldübernahme nicht die gleiche Gefahr in sich berge wie die Bürgschaft. Der kumulativen Schuldübernahme wurde überhaupt nicht gedacht.

Das Reichsgericht erklärt allerdings in dem oben angeführten Urteile[3]), auch für die kumulative Schuldübernahme sei die Schriftform notwendig. Es führt aus, die sogen. kumulative Schuldübernahme sei ein Geschäft, das seiner materiellen Wirkung nach jedenfalls die grösste Ähnlichkeit mit der selbstschuldnerischen Bürgschaft habe, so dass die legislativen Erwägungen, die zu der Vorschrift der Schriftform für die Bürgschaft geführt hätten, auch für die erstere völlig zuträfen. Wenn man sie auch bei bloss mündlichem Abschluss als bindend anerkennen wollte, dann würde die Umgehung des § 766 die leichteste Sache der Welt sein. Die schriftliche Form zu verlangen, müsse daher als dem Sinne des B.G.B. entsprechend gelten; ein Bedenken könne nicht etwa

---

1) Bürgerliches Recht pag. 345.

2) H.G.B. §§ 350/51. Confer auch Staub Bd. II pag. 1086 Anm. 3 und 4.

3) 20. März 1902.

daraus entnommen werden, dass dann folgerichtigerweise das Gleiche von dem Kreditauftrage[1]) gelten müsse. Denn bei diesem Geschäft habe ja der Auftraggeber bis zur Kreditgewährung das Recht der Kündigung.

Den Ausführungen des Reichsgerichts ist völlig das Oberlandesgericht Rostock[2]) gefolgt, ebenso das Oberlandesgericht Dresden[3]). Im Gegensatz zu diesen Entscheidungen wird in dem oben zitierten Urteil des Oberlandesgerichts Celle[4]) betont, dass die im § 766 B.G.B. vorgeschriebene Form der Schriftlichkeit für die kumulative Schuldübernahme nicht erforderlich sei, vielmehr mit rechtlicher Wirksamkeit mündlich erklärt werden könne.

Ferner ist auch das Oberlandesgericht in Frankfurt a. M. in den schon erwähnten zwei Urteilen[5]) der Entscheidung des Reichsgerichts entgegengetreten. In dem ersten Urteil wird ausgeführt: Der Begründung des Reichsgerichts könne nicht beigetreten werden, da nach dem Wortlaut des § 766 wohl zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrages schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich ist, nirgends aber im B.G.B. oder in den Materialien zu demselben der Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck gekommen ist, dass die Formvorschrift auch auf Rechtsgeschäfte von bürgschaftsähnlicher Wirkung Anwendung finden solle. Das Gegenteil ist vielmehr bezüglich des vom B.G.B. sogar im Titel von der Bürgschaft geregelten Kreditauftrages, wie auch das Reichsgericht anerkennt, ausser Zweifel. Es ist deshalb und mit Rücksicht auf den Wortlaut des § 766 jede analoge Anwendung dieses Paragraphen für ausgeschlossen zu erachten. Eine Ausdehnung jener Vorschrift auf die kumulative Schuldübernahme kann übrigens um so weniger als dem Sinne des B.G.B. entsprechend gelten, weil alle Formvorschriften Ausnahmebestimmungen und demgemäss zu einer Ausdehnung auf analoge Fälle nicht geeignet sind. Nur wenn die Auslegung des Gesetzestextes in dieser Hinsicht Raum liesse oder die Entstehungsgeschichte eine entsprechende Unterlage bildete, könnten bei der Gesetzesauslegung auch gesetzgeberische Erwägungen berücksichtigt werden. Aller-

---

1) § 778 B.G.B.

2) In dem oben erwähnten Urteile vom 4. Dez. 1902.

3) In dem Urteil vom 31. Jan. 1903.

4) vom 28. Nov. 1901.

5) vom 9. Febr. 1903 und vom 6. April 1903.

dings lässt sich nicht verkennen, dass die Formlosigkeit des mehrerwähnten Rechtsgeschäftes leicht zu einer Umgehung der für die Bürgschaft verlangten Formvorschrift führen kann. Dieser Umstand erweist jedoch nicht die Notwendigkeit und Richtigkeit der vom Reichsgericht vertretenen Auffassung. Es wäre vielmehr in solchem Falle, wie auch Staub in der Besprechung des reichsgerichtlichen Urteils [1]) sagt, Sache des Gesetzgebers gewesen, Vorschriften zu geben, durch die die Vereitlung seiner Absichten nicht möglich ist. Will er einen bestimmten wirtschaftlichen Erfolg durch eine Formvorschrift erzwingen, so muss er letztere soweit ausdehnen, dass jener Erfolg dadurch gesichert ist. Ist dies aber nicht geschehen, so kann der Richter nicht an seine Stelle treten und über die im Gesetz gegebenen Formvorschriften hinaus noch andere Rechtsgeschäfte an die Form knüpfen, um jenen Erfolg zu erzielen.

Das andere Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt a. M. hat sich diesen Ausführungen völlig angeschlossen.

Dieselbe Ansicht finden wir auch in zwei Urteilen des Oberlandesgerichts Köln.

In der einen Entscheidung [2]) wird unter anderem betont: „Die Formvorschrift des § 766 ist eine Ausnahmebestimmung und kann deshalb analog nicht ausgedehnt werden. Zudem lässt sich die Ausdehnung der Bürgschaftsform auf die kumulative Schuldübernahme schwerlich wie in der Reichsgerichtsentscheidung [3]) aus dem Grunde rechtfertigen, dass diese beiden Schuldverhältnisse trotz ihrer spezifischen Verschiedenheit im Wesen und im Grunde regelmässig in ihren materiellen Wirkungen höchst ähnlich sind.“

In einem anderen Urteile des Oberlandesgerichts Köln [4]) wird ausgeführt: „Nach dem Grundsatze der Formfreiheit für die Rechtsgeschäfte kann die kumulative Schuldübernahme formlos rechtsverbindlich vereinbart werden. Es wäre deshalb auch unrichtig, für sie aus dem Grund Schriftlichkeit zu verlangen, weil sie in ihrer Wirkung mit der selbstschuldnerischen Bürgschaft, für die schriftliche Form vorgeschrieben ist, im wesentlichen übereinstimmt. Denn sie ist nicht allein ihrem juristischen Begriff nach,

---

[1]) In Nr. 1 der Deutschen Juristenzeitung Jahrgang 1903 pag. 19.

[2]) Vom 4. Oktober 1902 (siehe Rspr. der O.L.G. Bd. 8 pag. 84).

[3]) E.d.R.G. Bd. 51 pag. 120.

[4]) Vom 19. Februar 1904 (entnommen aus „das Recht“, 8. Jahrgang 1904, pag. 222).

sondern auch vom Gesichtspunkt des Rechtsverkehrs aus ein von der Bürgschaft wesentlich verschiedenes Rechtsinstitut. Der Bürge — auch der selbstschuldnerische — kommt als Schuldner nach seiner Auffassung erst in zweiter Linie in Betracht, ein Umstand, der den Gesetzgeber gerade veranlasste, für die Bürgschaft die Schriftform zu verlangen. Der Schuldübernehmer dagegen weiss, dass er sich der Zahlungsverpflichtung unmittelbar gegenüber-stellt. Eine Mahnung zur Vorsicht ist daher hier nicht mehr als bei irgend einem gewöhnlichen Vertrage am Platze. Bei der Schuld-übernahme wird regelmässig der Fall so liegen, dass der bisherige Schuldner im Augenblicke der Schuldübernahme für den Gläubiger und den Übernehmer wirtschaftlich und zunächst auch rechtlich nicht in Betracht kommt, und dass die Feststellung, dass der frühere Schuldner noch haftet — dass also die Schuldübernahme eine kumulative ist — regelmässig erst Sache der juristischen Schlussfolgerung aus dem Umstande sein wird, dass er aus dem Schuldverhältnisse nicht entlassen ist. Hiernach kann aus der Ähnlichkeit der kumulativen Schuldübernahme mit der Bürgschaft, die auch nur unter Umständen besteht, ein Grund nicht hergeleitet werden, die kumulative Schuldübernahme der Formvorschrift der von ihr wohl zu unterscheidenden Bürgschaft zu unterwerfen. Es trifft hiernach auch nicht zu, dass von dem hier eingenommenen Standpunkt aus die Umgehung der Vorschrift des § 766 B.G.B. die leichteste Sache von der Welt wäre, wie die bekannte Entscheidung des Reichsgerichts ausführt. Denn bei der rechtlichen Gleichwertigkeit beider Rechtsinstitute steht den Parteien zwischen beiden die Wahl frei, und bei Anwendung des einen seitens der Parteien kann nicht von der Umgehung des anderen durch sie gesprochen werden. Wenn übrigens das Reichsgericht a. a. O., wo es die privative Schuldübernahme im Gegensatz zur kumulativen als der Schriftform nicht unterworfen erklärt, einen wesentlichen Unterschied zwischen beiden Arten der Schuldübernahme darin erblicken will, dass es sich bei der privativen Schuldübernahme um Leistung gegen Gegenleistung handele, indem durch die Schuldübernahme der bisherige Schuldner seiner Haftung entledigt werde, so kann dies nicht für zutreffend erachtet werden; denn in der Entledigung des bisherigen Schuldners von seiner Haftung braucht keineswegs immer eine Gegenleistung des Gläubigers an den Schuld-übernehmer zu liegen. Überall, wo ein eigenes Interesse des Schuldübernehmers an dem bisherigen Schuldner fehlt, und dies

wird bei einer Menge von Fällen der privativen Schuldübernahme sein, wird nur gezwungen und rein äusserlich von einer „Gegenleistung" des Gläubigers an den Schuldübernehmer in der Freigabe des bisherigen Schuldners gesprochen werden können. Keinesfalls bietet dieser Gesichtspunkt Veranlassung, die kumulative Schuldübernahme im Gegensatz zur privativen der Formvorschrift der Schriftlichkeit zu unterwerfen."

Für die Ansicht des Reichsgerichts ist Bendix[1]) eingetreten, und ebenso billigt die Auffassung Witte. Die meisten Schriftsteller haben sich in ihren Lehrbüchern resp. Kommentaren überhaupt nicht erklärt. Vor Staub hat sich schon Cosack[2]) gegen die Notwendigkeit der Schriftform für die kumulative Schuldübernahme ausgesprochen. In neuerer Zeit ist dann über diese Entscheidung des Reichsgerichts lebhaft gestritten worden. Hierher gehören die Aufsätze von Birkenbihl[3]), Hellbach[4]), Silbermann[5]), ferner David[6]), Josef[7]), Neuburger[8]) und Martinius[9]). Diese Schriftsteller gehen alle davon aus, dass die Begründung, die das Reichsgericht für Schriftlichkeit der kumulativen Schuldübernahme gibt, unrichtig sei. Birkenbihl und Hellbach kommen aber aus anderen Gründen dennoch zu dem Erfordernis derselben. Diesen sind Silbermann, David und Josef mit Recht entgegengetreten. Zur besseren Erläuterung — „exemplis optime docetur" — sei der Fall, den das Reichsgericht entschieden hat, kurz angeführt: Der Sohn des Beklagten verschuldete dem Kläger Warenkaufpreise, war aber plötzlich verschwunden, und der Beklagte hatte dem Kläger erklärt, er wünsche nicht, dass die Sache an die Öffentlichkeit komme, er werde den ganzen Betrag selbst bezahlen. Hiermit war Kläger einverstanden.

Was nun zunächst die Auffassung Birkenbihls anlangt, so will er noch eine besondere akzessorische Schuldübernahme

---

1) pag. 526.

2) § 159 Abschn. II pag. 591 und § 116, I, 3 pag. 397.

3) In „Das Recht", Jahrgang 7 Nr. 11.

4) Ebendaselbst Nr. 13.

5) Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 68 Nr. 19 pag. 365 und ebenda Bd. 70 pag. 157.

6) In „Das Recht", Jahrgang 7 Nr. 14.

7) Deutsche Jur.-Ztg. Jahrgang 8 Nr. 18.

8) Jahrbücher der Württ. Rechtspflege Bd. 14 pag. 381 ff.

9) Gruchot, Beiträge Bd. 49 pag. 181 ff.

unterscheiden. Eine solche soll nämlich vorliegen, wenn die Absicht der Kontrahenten dahingeht, dass der neue Schuldner auch die künftig von dem früheren[1]) Schuldner erworbenen Einreden soll geltend machen können, dann sei ein wesentlicher Unterschied von der selbstschuldnerischen Bürgschaft nicht vorhanden und die Schriftform nötig. Was die kumulative Schuldübernahme anlangt, so bekämpft er die Ansicht des Reichsgerichts und stützt sich besonders auf die beiden Urteile des Oberlandesgerichts Frankfurt a. M. sowie auf Staub. Er verlangt aber trotzdem für die kumulative Schuldübernahme die schriftliche Form, allerdings aus einem anderen Grunde. Er wirft die Frage auf: Kann man in ihr nicht ein abstraktes Schuldversprechen im Sinne des § 780 B.G.B. finden? Er meint, dass der Schuldner dem Gläubiger eine Leistung ohne einen rechtlich erkennbaren Schuldgrund verspräche. Nach § 780 B.G.B. soll das Versprechen die Verpflichtung des Schuldners dem Gläubiger gegenüber selbständig begründen. Warum soll also jemand nicht in der Weise sich verpflichten, dass er 1000 schlechthin zu zahlen verspricht, wenn sie ein anderer schuldet? Ein selbständiges Schuldversprechen im Sinne des § 780 sei aber nur ein solches Rechtsgeschäft, das nicht schon in einem Titel des B.G.B. geregelt ist. Daher könne auf die Bürgschaft, den Kreditauftrag und die privative Schuldübernahme der § 780 keine Anwendung finden.

Hellbach wendet sich zunächst in gleicher Weise gegen die Ausführungen des Reichsgerichts, meint aber wie Birkenbihl, dass trotzdem die kumulative Schuldübernahme der Schriftform nach § 780 bedürfe, da sie ein Schuldversprechen sei, und zwar solle dasselbe die Verpflichtung selbständig begründen. Für den speziellen Fall, den das Reichsgericht entschied, hält er sogar notarielle oder gerichtliche Beurkundung für notwendig, da es sich nach seiner Ansicht um ein Schenkungsversprechen handle. Wir betrachten diese Auffassung am besten widerlegt durch das Wort Ulpians[2]): „neque enim donavit aliquid mihi, si pro aliquo intervenit, qui non fuit solvendo,“ und verweisen im

---

1) Würde wohl besser Urschuldner heissen, da der Betreffende immer noch Schuldner ist; ebenso ungenau spricht auch der § 419 B.G.B. von dem „bisherigen“ Schuldner. Der Veräusserer seines Vermögens bleibt doch immer verhaftet für seine vor der Veräusserung seines Vermögens eingegangenen Schulden. Die Ausdrücke „früherer“ resp. „bisheriger“ Schuldner erwecken sicherlich den Anschein, dass er jetzt nicht mehr Schuldner sei.

2) lex 1 § 19 Dig. si quid in fraudem patroni factum sit 38, 5.

übrigen auf weiter unten zitierte Ausführungen von Martinius, denen wir uns völlig anschliessen.

Sowohl die formlos als auch die schriftlich vollzogene kumulative Schuldübernahme werden ebenso wie der § 780 B.G.B. von der Interpretation die praesumptio in Anspruch nehmen dürfen, dass in dem Vertrage kein Schenkungsversprechen verborgen ist, mit anderen Worten, der Gläubiger braucht dies nicht erst zu beweisen. Beweist dagegen der Kumulativschuldner den im Vertrage verborgenen Schenkungszweck im Sinne des § 518 B.G.B., so ergibt sich die Nichtigkeit des ganzen Vertrages, weil die im Gesetz vorgeschriebene notarielle oder gerichtliche Beurkundung fehlt.

Th. Engelmann[1]) führt unter anderem aus: „Wenn die kumulative Schuldübernahme auch Ähnlichkeiten mit der selbstschuldnerischen Bürgschaft des § 773 Nr. 1 B.G.B. zeigt, so bestehen zwischen beiden doch auch wesentliche Verschiedenheiten (so insbesondere um deswillen, weil der Bürge [und zwar nach der Volksanschauung auch bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft] erst in zweiter Linie haftet, während bei der kumulativen Schuldübernahme die Haftung des Übernehmers der des ursprünglichen Schuldners völlig koordiniert ist; vergleiche ferner § 767 einerseits und § 425 andererseits). Schon wegen dieser Verschiedenheiten, vor allem aber durch die Erwägung, dass Formvorschriften als Ausnahmebestimmungen eine Ausdehnung im Wege der Analogie nicht zulassen, wird die Anwendung des § 766 auf die kumulative Schuldübernahme ausgeschlossen. Die gegenteilige Ansicht hat das Reichsgericht in der bekannten Entscheidung vom 20. März 1902 vertreten mit der ungenügenden Begründung, dass die gleichen gesetzgeberischen Erwägungen, die zur Vorschrift des § 766 geführt haben, auch für die kumulative Schuldübernahme zuträfen. Diese Anschauung hat, abgesehen von vereinzelten Ausnahmen[2]) in Theorie und Praxis fast allseitigen Widerspruch gefunden."

Silbermann tritt zunächst den Ausführungen des Reichsgerichts entgegen und teilt völlig den Standpunkt von Staub. Er

---

[1]) pag. 709.

[2]) Planck, 3. Aufl., Bd. II Vorbem. 2, a vor § 414, Urteil d. O.L.G. Braunschweig vom 2. Oktober 1903 in Seufferts Archiv Bd. 59 Nr. 224, Urteil des O.L.G. Rostock vom 4. Dezember 1902 und des O.L.G. München vom 30. März 1904, in Rspr. d. O.L.G. Bd. 6 pag. 449, Bd. 9 pag. 284, Urteil des O.L.G. Karlsruhe vom 10. Juli 1903 in „Das Recht" 1904 pag. 45.

führt sodann die Verhandlungen in der Reichstagskommission an, die eben nur zu einer Form gerade für die Bürgschaft geführt haben. Die Gefahr, als Bürge herangezogen zu werden, sei scheinbar keine dringende, der Bürge, insbesondere der wirtschaftlich ungewandte, hofft, dass seine Haftung niemals praktisch werde. In den meisten Fällen wird er aber enttäuscht. Gegen diese Gefahren will das Gesetz durch die Formvorschrift einigen Schutz gewähren. — Wer dagegen nicht als Bürge, sondern als Selbstschuldner eintritt, dem ist die Tragweite seines Schrittes von selbst vor Augen gestellt, und es bedarf keiner Anspornung zu grösserer Vorsicht durch einen Formzwang mehr. Die leichte Möglichkeit der Umgehung der Vorschrift des § 766 könne aber nicht ausschlaggebend sein[1]. Silbermann beruft sich dabei auf die Ausführungen des Reichsgerichts in einem Urteil vom 17. Juni 1902[2]. Es heisst dort: „Dem Kläger ist zuzugeben, dass, wenn zur Umgehung einer gesetzlichen Vorschrift und gleichzeitiger Erzielung eines entsprechenden wirtschaftlichen Zweckes ein anders geartetes Rechtsgeschäft abgeschlossen wird, dasselbe als rechtsgültig zu erachten ist, sofern seine Voraussetzungen vorliegen, die Vertragsschliessenden es wirklich gewollt haben, und das umgangene Gesetz kein Verbot ist. — Schliesslich tritt er der Auffassung Hellbachs entgegen, dass die kumulative Schuldübernahme ein Schuldversprechen sei, das die Verpflichtung selbständig begründen soll. Läge eine solche Ansicht nahe, meint er, dann wäre wohl auch der höchste Gerichtshof auf diesen Gedanken gekommen.

Der Auffassung, dass die kumulative Schuldübernahme ein abstraktes Schuldversprechen sei, ist ferner David entgegengetreten. Er gibt zu, dass eine Schuldübernahme sich im Einzelfall als solches darstellen kann, weist aber die generelle Auffassung der kumulativen Schuldübernahme als abstraktes Schuldversprechen unter Berücksichtigung der privativen Schuldübernahme mit etwa folgenden Worten zurück: „Ebenso muss, wie für die privative, so auch von der kumulativen Schuldübernahme das Gleiche gelten, da bei dieser anders wie bei jener die Begründung eines neuen Schuldverhältnisses, das unabhängig von seinem Verpflichtungsgrund sein soll, regelmässig nicht gewollt ist, vielmehr eine bestehende Schuld und zwar so, wie sie dem alten Schuldner gegen-

---

[1]) Confer Cosack § 158 Abschn. III 2a pag. 583.

[2]) Juristische Wochenschrift 1902, Beilage 10.

über besteht, insbesondere mit dem ihr anhaftenden Schuldgrunde übernommen wird. Eine solche Schuldübernahme ist aber kein abstraktes Schuldversprechen, und aus § 780 lässt sich demnach regelmässig das Erfordernis der Schriftlichkeit nicht herleiten.

Zu dem gleichen Ergebnis mit ähnlicher Begründung gelangt Josef. Er wendet sich ebenfalls gegen Birkenbihl und Hellbach und kann in dem vom Reichsgericht entschiedenen Fall ein abstraktes Schuldverhältnis nicht finden. Er meint, der Zweck bilde den Verpflichtungsgrund, und der Zweck bestimme den Inhalt des auf diesem Grunde beruhenden Schuldverhältnisses. Nach dem Grundsatze der Vertragsfreiheit des B.G.B. können die Parteien jeden Zweck als Verpflichtungsgrund vereinbaren[1]). Der Zweck des Versprechens, also der Verpflichtungsgrund ist aber in dem vorliegenden Falle der, dass der Beklagte ein Interesse daran hatte, die Verfehlungen seines Sohnes nicht an die Öffentlichkeit kommen zu lassen. Dem sollte der Kläger nicht zuwider handeln, und, um ihn davon abzuhalten, versprach er die Leistung an den Kläger. Es liegt daher nach Josef ein eigentümlicher, im B.G.B. nicht geregelter Vertrag vor, der formfrei sei. Nur genüge zur Begründung des Anspruchs aus einem solchen Vertrage nicht die blosse Behauptung, dass der Beklagte sich verpflichtet habe, neben dem bisherigen Schuldner zu haften, sondern der Gläubiger muss darlegen, dass der Beklagte die Verpflichtung zu dem Zweck übernommen habe, um im eigenen und seines Sohnes Interesse den Gläubiger hierdurch vor Schritten gegen den Sohn abzuhalten, und der Beklagte kann auch Einwendungen machen, die sich aus dem vereinbarten Zweck ergeben, also etwa, dass der Kläger die Angelegenheit abredewidrig vor die Öffentlichkeit gebracht habe.

Kober[2]) führt kurz aus: „Die Frage, ob auf die sogen. kumulative Schuldübernahme § 780 anzuwenden sei, wird für die Regel zu verneinen sein, ausser es ergibt sich im Einzelfalle aus den massgebenden Erklärungen der besondere Wille, eine selbständige, vom Verpflichtungsgrunde losgelöste Verpflichtung neu

---

[1]) Soweit geht die Vertragsfreiheit des B.G.B. nicht. Einschränkungen ergeben sich hauptsächlich aus B.G.B. §§ 134, 138 und 306; die Parteien können allerdings jeden nicht gesetzwidrigen, nicht unsittlichen und nicht unmöglichen Zweck als Verpflichtungsgrund vereinbaren.

[2]) pag. 746 Bemerkung 6.

zu begründen.“ Hierbei verweist er auf eine andere Stelle [1]), wo er unter anderem sagt, dass aus dem Charakter des Inhalts der Gesetzesstelle als Ausnahmebestimmung mit Recht gefolgert werden könne, dass Formvorschriften im Wege der Analogie nicht zuzulassen seien, und deshalb sei die Anwendung des § 766 auf die kumulative Schuldübernahme ausgeschlossen.

Martinius [2]) weist auf die im Vorausgegangenen behandelten Ansichten hin und sucht dann folgende Feststellungen zu beweisen:

„Auf die kumulative Schuldübernahme kann nicht angewendet werden:

1. der § 766 Satz 1 B.G.B., der für die Bürgschaft die Schriftform vorschreibt,

2. die Vorschrift des § 518 Abs. 1 Satz 1 B.G.B., wonach zur Gültigkeit eines Vertrages, durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird, gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Versprechens erforderlich ist, selbst dann nicht, wenn die Forderung dem Urschuldner gegenüber unbeibringlich ist,

3. der § 780 B.G.B., durch den für das abstrakte, von seinem Verpflichtungsgrund, dem kausalen Rechtsgeschäfte, losgelöste Schuldversprechen die Schriftform vorgeschrieben ist.“

Wir wollen der Vollständigkeit halber die Begründungen dieser Feststellungen auszugsweise wiedergeben [3]).

Ad 1. § 766 Satz 1 B.G.B. ist nicht auf die kumulative Schuldübernahme anzuwenden. Denn bei der Bürgschaft und bei der kumulativen Schuldübernahme handelt es sich zwar um eine Interzession in favorem tertii; doch steht die Bürgschaftsverpflichtung stets in kausalem Zusammenhang mit der Urschuld, die Kumulativschuld dagegen bildet eine in wesentlichen Punkten von der Urschuld vollständig unabhängige Verpflichtung. Der Bürge kann alle Einreden, die dem Gläubiger zustehen, auch seinerseits geltend machen (§ 768 B.G.B.), zugunsten des Kumulativschuldners dagegen wirkt nur Erfüllung durch den Urschuldner, Leistung an Erfüllungsstatt, Hinterlegung und Aufrechnung (§ 422 B.G.B.), ebenso ein zwischen Gläubiger und Urschuldner vereinbarter Erlass (§ 423 B.G.B.), aber im übrigen kann sich der Schuld-

---

1) Confer pag. 180 und pag. 709.

2) pag. 182.

3) Soweit wir auf das hier Zitierte nicht zurückkommen, schliessen wir uns diesen Ausführungen an.

übernehmer solcher Einreden, welche dem Urschuldner gegenüber dem Gläubiger nach der Schuldübernahme erwachsen, nicht bedienen (§ 425 B.G.B.). Besonders markant trete der Unterschied hervor bei der Verjährungseinrede (§ 768 B.G.B. einerseits und § 198 andererseits).

Bei dem klaren Wortlaut des § 766 eignet er sich nicht zur Anwendung auf Interzessionsgeschäfte anderer Art — für den Kreditauftrag ist dies in E.d.R.G. Bd. 50 pag. 160 ff. anerkannt —, sondern nur für die Bürgschaft.

Die Entstehungsgeschichte des § 766 gibt nicht den geringsten Anhaltspunkt dafür, diesen Paragraphen auch auf die anderen Arten der Interzession auszudehnen; gerade das Gegenteil sei der Fall; denn viel näher liege die Gefahr zu voreiliger selbstschuldnerischer Bürgschaft als zu voreiliger kumulativer Schuldübernahme.

Es lässt sich allerdings nicht leugnen, dass es nützlich gewesen wäre, wenn man für die kumulative Schuldübernahme so gut wie für die selbstschuldnerische Bürgschaft die Schriftlichkeit vorgeschrieben hätte (?). Letztere könnte der Gesetzgeber nicht leicht für formlos erklären.

Im Einzelfalle ist oft schwer zu ermitteln, welche von beiden Verpflichtungsarten die Parteien wollten. So deutlich der Unterschied in den Wirkungen der beiden Arten von Verträgen zutage tritt, so lässt sich doch der Verkehr nicht zwingen, durch klare Wortfassung bei Abschluss der Verträge die Schwierigkeiten der späteren Kategorisierung von vornherein zu bannen. In einer ganzen Anzahl von Fällen, wo jetzt nur die Prüfung der Frage, ob die gehörige Form beobachtet sei, die Feststellung der Natur des Vertrages erfordert, wäre man dann von vornherein dieser Mühe überhoben worden. Jetzt haben wir indessen nun einmal nur die Formvorschrift für die Bürgschaft im allgemeinen, und für die selbstschuldnerische im speziellen, und Opportunitätsrücksichten können gegenüber der lex lata keine Beachtung beanspruchen.

Der Einwand der Umgehung des § 766 B.G.B. durch die Vereinbarung einer kumulativen Schuldübernahme wird hinfällig infolge des Unterschiedes, der grundsätzlich zwischen kumulativer Schuldübernahme und selbstschuldnerischer Bürgschaft besteht. Selbst wenn die Beteiligten in der ausgesprochenen Absicht, der Formvorschrift des § 766 aus dem Wege zu gehen, statt der ursprünglich geplanten selbstschuldnerischen Bürgschaft eine kumu-

lative Schuldübernahme vereinbaren, so unterliegt natürlich das tatsächlich zustande gekommene Geschäft, welches absolut kein Scheingeschäft ist, lediglich den für dieses bestehenden Vorschriften. Es ist also formlos gültig, wenn für dasselbe keine besondere Form durch das Gesetzbuch vorgezeichnet ist.

Ad 2. Selbst wenn von vornherein feststeht, dass die Forderung von seiten des Urschuldners unbeibringlich ist, kann auf die kumulative Schuldübernahme die Vorschrift des § 518 Abs. 1 Satz 1 B.G.B. nicht angewandt werden: Dem Gläubiger wird durch die Leistung des ihm Geschuldeten niemals etwas geschenkt. Er erhält nur, was ihm gebührt, was er zu fordern hat: „suum recipit,“ sagten die Römer. Der Verlust der Forderung auf seiten des Gläubigers entspricht der Vermögenseinbusse auf seiten des Leistenden. Der Gläubiger wird also nicht unentgeltlich bereichert, sein Vermögen nicht unentgeltlich aus dem des Leistenden vermehrt [1]).

Der Kumulativschuldner verspricht dem Gläubiger ebensowenig etwas zu schenken wie der Bürge. Nicht einmal dann erteilt der Schuldübernehmer durch die kumulative Schuldübernahme ein Schenkungsversprechen, wenn die Schuld, welche kumulativ übernommen wird, selbst auf einem Schenkungsversprechen des Urschuldners beruht; denn durch den Schenkungsvertrag zwischen Urschuldner und Gläubiger wurde letzterem eine Forderung bereits unentgeltlich gewährt, so dass es sich fortan auch im Verhältnisse jener beiden lediglich um Erfüllung bestehender Schuld handeln kann.

Die derzeitige Unbeibringlichkeit einer Schuld hebt doch deren Existenz nicht auf. Derjenige, der für einen zahlungsunfähigen Schuldner interzediert, beschenkt daher den Gläubiger nicht mit einer Forderung gegen seine Person [2]).

Selbst wenn der Gläubiger weiss, dass der Kumulativschuldner dem Urschuldner die aus der Schuldübernahme nach Leistung eintretenden Regressansprüche schenkungsweise nachlassen will oder durch Vertrag bereits nachgelassen hat, so bleibt das für das Verhältnis des Gläubigers zum Kumulativschuldner ohne allen

---

[1]) Confer §§ 516, 362, 267 B.G.B. und Paulus: lex 44 Dig. de condictione indebiti 12, 6: „Repetitio nulla est ab eo, qui suum recipit, tametsi ab alio, quam vero debitore, solutum est.“

[2]) Confer lex 1 § 19 Dig. 38, 5, lex 8 Dig. 12, 6 und lex 9 Dig. eod. und lex 18 Dig. 46, 1.

Belang, nur für das Verhältnis des Urschuldners zum Schuldübernehmer kommt § 518 B.G.B. in Betracht.

Wird in Kenntnis der Nichtigkeit, nicht der blossen Unbeibringlichkeit einer Forderung eine kumulative Schuldübernahme dem Gläubiger gegenüber erklärt, so liegt nur eine scheinbare kumulative Schuldübernahme, ein Scheingeschäft im Sinne des § 117 Abs. 2 vor[1]). War das verdeckte Rechtsgeschäft ein Schenkungsversprechen, so kommt hier die Formvorschrift des § 518 B.G.B. in Betracht.

Der Kumulativschuldner kann sowohl eine Anerkenntnis der Forderungsrechte des Gläubigers nach den §§ 412, 403 und 1055 B.G.B. von letzterem verlangen als auch die Befreiung des Urschuldners seitens des Gläubigers beanspruchen und zwar Zug um Zug mit seiner Erfüllungsleistung.

Ad 3. Auch aus § 780 B.G.B. kann nicht die Schriftform für die kumulative Schuldübernahme gefordert werden.

Wenngleich das B.G.B. selbst von abstrakten Verträgen nicht spricht, so stehen doch die Motive ganz auf dem Boden der modernen Theorie der abstrakten Verträge. Die Motive zählen nun die privative Schuldübernahme ohne Bedenken zu den abstrakten Verträgen[2]). Da liegt es nun nahe, auch die kumulative Schuldübernahme einfach dahin zu rechnen. Bei Lichte betrachtet ist aber auch die privative Schuldübernahme kein abstrakter Vertrag[3]). Wenn wir dies zugeben müssen, so ergibt sich von selbst, dass auch die kumulative Schuldübernahme kein abstrakter Vertrag sein kann; ebensowenig

---

[1]) Wenn der Kumulativschuldner eine Schuld übernimmt, ohne zu wissen, dass der der Urschuld zugrunde liegende Vertrag nichtig war, die Urschuld also tatsächlich gar nicht bestand zur Zeit der Schuldübernahme, so muss das Schuldverhältnis zwischen Kumulativschuldner und Gläubiger auch als nichtig angesehen werden, da auch die kumulative Schuldübernahme eine rechtsgültige Urschuld zur Zeit der Übernahme zur Voraussetzung hat.

[2]) Bd. II pag. 143.

[3]) „Worin soll denn die Abstraktion bestehen? Der Zweck, die Befreiung des ursprünglichen Schuldners, tritt im Vertrage selbst unzweideutig zutage, und die denselben ergebende Tatsache, das Bestehen der fremden Schuld, ist gesetzliche Bedingung des Geschäftes überhaupt. Wenn der Gläubiger gegen den Übernehmer klagt, muss er neben der Übernahme auch das Entstehen der Urschuld behaupten und erforderlichenfalls beweisen.“ Weitere Ausführungen hierüber siehe Martinius a. a. O. pag. 209 ff. Ob die privative Schuldübernahme ein dinglich-abstrakter Vertrag ist, ist sehr bestritten. Anders Schollmeyer, Vorbem. 2 zu § 414 pag. 395, Kuhlenbeck, Vorbem. II, A. 1 zu § 241 pag. 7.

wie das römische constitutum debiti alieni ein abstrakter Vertrag ist, gerade so wenig trifft dies zu für die ganz analoge kumulative Schuldübernahme. Aus dem Gesagten ergibt sich von selbst, dass der § 780 B.G.B., der nur das abstrakte von seinem Verpflichtungsgrund, dem kausalen Rechtsgeschäft, losgelöste Schuldversprechen behandelt, auf die kumulative Schuldübernahme als einen nicht abstrakten Vertrag nicht angewendet werden kann.

Somit kommt auch dieser Schriftsteller zu dem Ergebnis: „Die kumulative Schuldübernahme bedarf der Schriftform nicht.“

Wir treten den Urteilen der Oberlandesgerichte Celle und Frankfurt a. M. sowie besonders den Ausführungen von Staub völlig bei, und das Resultat ist demgemäss also: Die Schriftform ist nur für die Bürgschaft, nicht aber für die kumulative Schuldübernahme erforderlich. Immerhin kann aber auch die letztere von den Parteien an sich schriftlich vollzogen werden.

Handelt es sich nun um eine schriftliche Schuldübernahme neben einem anderen Schuldner, so wird man bei der Auslegung auf die Schriftform als solche nicht allzu grosses Gewicht legen können.

Besonders wird man nicht sagen können, weil Schriftform vorliegt, sei Bürgschaft — gewöhnliche oder selbstschuldnerische — gewollt, nicht aber kumulative Schuldübernahme, d. h. Übernahme als Gesamtschuldner. Gegen einen solchen Schluss spräche wohl schon der Umstand, dass heutzutage alle einigermassen wichtigen Verträge ohne Unterschied, ob Schriftform vorgeschrieben ist oder nicht, schriftlich von den Parteien vollzogen werden.

Umgekehrt lässt sich unter Umständen besonders bei rechtskundigen Personen vielleicht, wie Heil[1]) meint, daraus, dass die Parteien formlos paktiert haben, schliessen, dass gerade Solidarhaft gemeint war. Er fügt aber selbst hinzu: „jedoch ist hier Vorsicht geboten.“

Keinesfalls kann man aber ohne weiteres eine Konversion vornehmen und etwa derartig argumentieren: die Parteien haben zwar im vorliegenden Falle zweifellos Bürgschaft gemeint, die Schriftform aber vergessen, daher wird das Geschäft nach § 140 B.G.B. in eine Gesamtschuld konvertiert. Ein solcher Wille der Parteien kann wohl, muss aber nicht gegeben sein und ist jedenfalls nicht ohne weiteres zu vermuten.

---

1) pag. 118.

Dazu kommt immer die allgemeine Erwägung, dass die Übernahme einer Bürgschaft sich für den Übernehmer als das mindere darstellt, es ist daher nicht anzunehmen, dass die Verschlechterung der Rechtsstellung des neuen Schuldners dem im § 140 B.G.B. geforderten mutmasslichen Parteiwillen entspricht.

Wir möchten aber nicht soweit gehen, und mit Martinius[1]) behaupten, dass aus dem Umstande, dass eine kumulative Schuldübernahme schriftlich vereinbart wurde, der Schluss zu ziehen sei, es läge dann ein abstraktes Schuldversprechen im Sinne des § 780 B.G.B. vor, und es ergäbe sich ohne weiteres die Absicht der Verselbständigung des Leistungsversprechens aus der Wahl der Schriftform, die mündlich vollzogene kumulative Schuldübernahme sei dem nicht abstrakten formlosen römischen constitutum debiti alieni analog, die schriftlich vollzogene kumulative Schuldübernahme dagegen müsse als der abstrakten formellen römischen adpromissio gleichwertig behandelt werden. Wir bedauern nur, auf das in der zitierten Schrift reich zusammengestellte Material über diese Frage nicht ausführlich eingehen zu können[2]). Wir haben aus dem dort Gesagten[3]) die Überzeugung gewonnen, dass — falls das vielumstrittene römische Konstitutum und die adpromissio dort richtig interpretiert wären, und diese Interpretationen urbi et orbi anerkannt wären — sich solche Normen vielleicht dann aufstellen liessen, wenn die den Kumulativvertrag schliessenden Parteien lauter rechtskundige Personen wären. Dies wird aber nur in den seltensten Fällen zutreffen. Der Richter hat zuerst festzustellen, was die Parteien eigentlich vereinbaren wollten, und die Volksmeinung wird wohl nirgends dahin gehen, aus der Schriftlichkeit eines Schuldübernahmevertrages zu folgern, dass dieser losgelöst von seinem Verpflichtungsgrund, der Schuld des Urschuldners, eine selbständige Verpflichtung begründe, also ein abstrakter Vertrag gemäss § 780 B.G.B. sei. Die Parteien, die eine kumulative Schuldübernahme schriftlich vereinbaren, haben dabei in den meisten Fällen nur den einen Gedanken, dass durch die Schriftform der Schuldübernahmevertrag dauernd fixiert sei, und dass der Gläubiger im Falle einer Klage eine Beweisurkunde in Händen habe. Sehr viele Verträge, die

---

[1]) pag. 214.

[2]) Confer auch Anm. 4 pag. 5 dieser Abhandlung.

[3]) a. a. O. pag. 191 bis 217.

nach dem heutigen Rechte formfrei sind, werden schriftlich festgelegt, ohne dass die Parteien damit einen anderen Zweck verbinden wollen als den eben genannten. Wir sind deshalb der Meinung, dass die formlos vereinbarte kumulative Schuldübernahme sowohl ihrem Schuldgrunde als auch ihren Wirkungen nach vollständig identisch ist mit der durch schriftlichen Vertrag eingegangenen kumulativen Schuldübernahme.

Haben die Parteien nun aber mündlich einen Schuldnerbeitritt vereinbart, ohne dass es nach dem Zweck oder der Ausdrucksweise erhellt, ob der neue Schuldner als Bürge oder als Gesamtschuldner haften will, wie dann? Hier wird man den allgemeinen Grundsatz wieder annehmen müssen, dass im Zweifel die geringere Verhaftung anzunehmen ist; man wird daher Bürgschaft, sei es gewöhnliche oder selbstschuldnerische, annehmen müssen. Die Vermutung spricht also für diese und gegen Gesamtschuld. Darnach wäre der Vertrag in dubio nichtig. Diese Vermutung lässt aber selbstverständlich immer den Gegenbeweis zu. Hierdurch wird aber der besonders vom Reichsgericht [1]) befürchteten Gefahr begegnet, dass die Parteien, deren Absicht auf Begründung einer Bürgschaft geht, zur Vermeidung der vorgeschriebenen Schriftform in fraudem legis eine kumulative Schuldübernahme abschliessen. Hellwig sagt, die akzessorische, d. i. kumulative Schuldübernahme ohne Schriftform ist nichtig, wenn die Parteien materiell Verbürgung wollten, aber zur Vermeidung der Schriftform den beabsichtigten wirtschaftlichen Erfolg in der Form der Schuldübernahme herbeizuführen suchen.

Gewiss ist dieser Vertrag nichtig, wer aber den Abschluss einer Schuldübernahme behauptet, hat auch zu beweisen, dass der wahre Wille der Parteien hierauf und nicht auf den Abschluss eines Bürgschaftsvertrages gerichtet war [2]).

Wenn wir den der Reichsgerichtsentscheidung zugrunde liegenden Fall richtig betrachten, so finden wir in ihm eine bedingte kumulative Schuldübernahme; gerade die Bedingung, dass der klagende Gläubiger von den Verfehlungen des Sohnes des beklagten Schuldübernehmers nichts an die Öffentlichkeit bringen solle, war für letzteren das bestimmende Motiv, die Schuld zu übernehmen. Juristisch betrachtet bildet die Befreiung des Sohnes

1) Confer auch **Hellwig** pag. 117 Note 348.

2) Wesentlich anders die weiter vorn zitierten Ausführungen von **Martinius** (a. a. O. pag. 187).

des Beklagten den Hauptzweck, während der Nebenzweck (die causa remota, Motiv) in der condicio zum Ausdruck kam. Der Hauptzweck erscheint nur bei Erreichung des Nebenzweckes gewollt. Die Resolutivbedingung, die Verfehlungen des Sohnes des Beklagten totzuschweigen, würde die Vorleistung des Kumulativschuldners voraussetzen, da es sich bei den condiciones in non faciendo, den negativen Potestativbedingungen, um an und für sich unteilbare Bedingungen handelt, die durch das fortgesetzte non facere als Vorleistung, Zug um Zug-Leistung und Nachleistung erscheinen.

Hätte nun der Kumulativschuldner geleistet, der Gläubiger aber nachher die Schweigepflicht gebrochen, so hätte nach § 158 Abs. 2 B.G.B. der Übernehmer auf Herausgabe des Geleisteten klagen können, indem er sein Rücktrittsrecht vom Vertrage gemäss § 325 B.G.B. geltend gemacht hätte.

§ 7.

Direkter Vertragsabschluss zwischen Schuldübernehmer und Urschuldner, eventuell durch ein pactum in favorem tertii. — Auch hier Berücksichtigung der Schriftform.

Wir wollen hier zunächst die möglichen Fälle betrachten:

Einmal kann zwischen den Parteien eine privative Schuldübernahme verabredet werden gemäss den Bestimmungen des § 415 B.G.B. Oder es wird von vornherein nur eine sogen. Erfüllungsübernahme (confer § 329 B.G.B.!) oder drittens eine Schuldübernahme neben dem alten Schuldner verabredet, die sich dann als Gesamtschuld oder Bürgschaft darstellen kann. Im Zweifel wird man sich für die Haftung auszusprechen haben, welche den Übernehmer am wenigsten belastet. So sagt auch Matthiass[1]): Was gemeint ist, hat die Auslegung festzustellen; gibt diese kein sicheres Resultat, so ist zunächst Erfüllungsübernahme, und wenn der Wille des Dritten feststeht, dass der Gläubiger ein Forderungsrecht auch gegen den Dritten haben soll, die kumulative vor der privativen Schuldübernahme anzunehmen.

Wird eine privative Schuldübernahme zwischen dem Schuldner und einem Dritten verabredet, so bedarf sie zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung des Gläubigers. Die Schuldübernahme nach § 414 B.G.B. wird daher auch eingliederige, diese nach § 415 zweigliederige genannt. Die Genehmigung des Gläubigers kann bei der letzteren erst erfolgen, wenn der Schuldner oder der Dritte dem Gläubiger die Schuldübernahme mitgeteilt hat. Solange der Gläubiger dieselbe nicht genehmigt hat, ist im Zweifel der Übernehmer dem Schuldner gegenüber verpflichtet, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen. Dasselbe gilt auch, wenn der Gläubiger die Genehmigung verweigert. Insofern liegt stets in dieser Schuldübernahme eine Erfüllungsübernahme[2]).

---

[1]) pag. 463.

[2]) Confer auch Oertmann, pag. 287, 7 und 288, 1 und von Blume Novation, Delegation und Schuldübertragung pag. 403 ff.

Ohne auf die Einzelheiten des § 415 und die Streitfragen, die sich an ihn knüpfen, näher einzugehen, wollen wir nur kurz die Frage prüfen, ob die privative Schuldübernahme als ein pactum in favorem tertii aufgefasst werden könne, oder mit dem B.G.B. zu sprechen, als ein Versprechen einer Leistung an einen Dritten [1]. Diese Frage wird von den meisten Schriftstellern verneint, so besonders von Planck [2], Oertmann [3], Matthiass [4] u. a. m. [5]. Man beruft sich einmal darauf, dass bei einer solchen Konstruktion das Recht des Gläubigers gegen den neuen Schuldner ein anderes als das bisherige Gläubigerrecht sei, womit dann das Prinzip der Sondernachfolge in die Schuld preisgegeben sei. So v. Blume [6], Planck [7], Stammler [8] und Motive zum B.G.B. [9]. Abgesehen davon, ob dieser Grund zutreffend ist, ist einmal anzuführen, dass das B.G.B. von dem Versprechen einer Leistung an einen Dritten und andererseits von der Schuldübernahme, insbesondere auch der zweigliederigen, in ganz getrennten Abschnitten spricht. Vor allem aber ist darauf hinzuweisen, dass bei einem pactum in favorem tertii der Gläubiger ohne sein Zutun, ja ohne es vielleicht zu wissen, ein Recht erwirbt, während hier, wo uno actu ein Tausch des alten gegen den neuen Schuldner stattfinden soll, seine Mitwirkung geradezu notwendig ist. Im übrigen schliessen wir uns den Ausführungen Heils [10] an.

Nicht zu billigen ist es daher, wenn Herz [11] sich dahin äussert: „Vollziehe sich auch ein Schuldnerwechsel meistens auf der einfachen und natürlichen Grundlage der Sondernachfolge in die Schuld, so können sich doch die Parteien auch unter der Herrschaft des B.G.B. des Vertrages zugunsten Dritter bedienen.“ Er beruft

---

1) Der Begriff der Verträge auf Leistung an Dritte ist ein viel weiterer natürlich als der der sog. Verträge zugunsten Dritter; denn es fallen vor allem auch die Verträge darunter, wo der Dritte keine selbständige Klage hat, sondern nur Leistungsempfänger ist.

2) pag. 200.

3) pag. 288, 1.

4) pag. 465.

5) cf. insbesondere Heil, pag. 126.

6) Iherings Jahrbücher Bd. 39 pag 391.

7) Vorbemerkung 2 zum 5. Abschnitt.

8) pag. 206.

9) Bd. II pag. 144.

10) pag. 125 ff.

11) pag. 42/43.

sich auf Hellwig, der den Begriff der „Verträge auf Leistung an den Drittgläubiger" aufgestellt hat. Dieser Vertrag geht nach Hellwig[1]) dahin, dass der Versprechende einem Dritten eine Leistung machen sollte zum Zwecke der Tilgung einer Verbindlichkeit, die dem Versprechensempfänger dem Dritten gegenüber obliegt. Einige Schriftsteller, wie Cosack[2]), Oertmann[3]) und Heilfron[4]) fassen die private Schuldübernahme nicht als einen Vertrag zugunsten des Gläubigers, wohl aber des alten Schuldners auf. Eine solche Ansicht ist aber nach § 415 B.G.B. schon deshalb nicht zulässig, weil hier der Urschuldner mitkontrahiert; höchstens würde eine solche Konstruktion für § 414 B.G.B. möglich sein, aber auch hier trifft sie nicht zu; denn einmal bekommt der alte Schuldner nichts Positives, sondern es wird ihm nur ein Negatives — die Befreiung — zu teil. Es wird also nicht ein Recht auf eine Leistung begründet; denn man kann doch nicht etwa sagen: auf die Leistung, „von dem Gläubiger nicht mehr in Anspruch genommen zu werden". Ferner aber kann bei einem pactum in favorem tertii der Begünstigte den Vorteil zurückweisen, eine Möglichkeit, die doch hier widersinnig sein würde, weil die Befreiung des Schuldners als Wirkung der Schuldübernahme erfolgt, selbst wenn letzterer von der Schuldübernahme nichts wusste, und sogar, wenn sie wider seinen Willen erfolgt ist[5]).

Wir wenden uns nun zu der zweiten Möglichkeit: Die Parteien wollen eine sogen. interne Schuld- oder Erfüllungsübernahme. Der vielumstrittene § 329 B.G.B. lautet:

„Verpflichtet sich in einem Vertrage der eine Teil zur Befriedigung eines Gläubigers des anderen Teils, ohne die Schuld zu übernehmen, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, dass der Gläubiger unmittelbar das Recht erwerben soll, die Befriedigung von ihm zu fordern."

Der alte Schuldner bleibt also dem Gläubiger verhaftet, und der Übernehmer ist nur dem Schuldner, nicht aber dem Gläubiger gegenüber an sich verpflichtet.

---

1) pag. 193 f. und 201 f.

2) § 116 Abschn. I, 2b, pag. 396/97.

3) pag. 285 Anm. 1.

4) Bd. II pag. 257.

5) E.d.O.H.G. Bd. 4 pag. 209, 217 und Bd. 28 pag. 309; E.d.R.G. Bd. 11 pag. 127.

Wenn also z. B. ein Oheim seinem Neffen verspricht, dessen Schulden an die Gläubiger zahlen zu wollen, so kann der Neffe vom Oheim verlangen, dass dieser seine Gläubiger rechtzeitig befriedige. Dass die Befriedigung nicht gerade in der Zahlung der betreffenden Summe zu bestehen braucht, wird in den meisten Fällen anzunehmen sein. Wie der Oheim die Befriedigung der Gläubiger bewirkt, kann im allgemeinen dem Neffen auch gleichgültig sein, da es ihm nur darauf ankommen kann, wegen seiner Schulden nicht mehr in Anspruch genommen zu werden. Die Befriedigung könnte also mit Zustimmung des Gläubigers durch eine datio in solutum geschehen oder dadurch, dass der Übernehmer bei vorliegender gesetzlicher Voraussetzung des § 272 B.G.B. den geschuldeten Gegenstand zu dessen Gunsten so hinterlegt, dass § 378 in Verbindung mit § 376 Platz greift. Auch eine Aufrechnung mit einer eigenen Forderung des Übernehmers würde unter Zustimmung des Gläubigers möglich sein, sowie auch ein Erlass der Schuld gegenüber dem Übernehmer mit Zustimmung des Schuldners. Insbesondere aber könnte der Übernehmer seiner Verbindlichkeit auch dadurch genügen, dass er die Schuld für den alten Schuldner statt dessen bei dem Gläubiger übernimmt und so an des früheren Schuldners Stelle tritt, d. h. also, dass eine privative Schuldübernahme vorgenommen wird.

Man kann daher besser von einer Befreiungsübernahme als von einer Erfüllungsübernahme reden, wie v. Blume[1]) betont: denn wenn das letztere Wort bedeuten soll, was es besagt, so verpflichtet sich durch eine Erfüllungsübernahme der Übernehmer eben nur zur Erfüllung der eigentlichen Leistung bei dem Gläubiger, nicht aber zur Befreiung des Schuldners in irgend einer Form.

Wird aber von vornherein nicht bloss die Erfüllung versprochen, sondern die Schuld des alten Schuldners übernommen, so kommen eben die Bestimmungen des § 415 in Betracht; denn das Wort „Schuldübernahme" im § 329 kann im Sinne des Gesetzes nur als privative verstanden werden[2]).

---

[1]) Iherings Jahrbücher, Bd. 40 pag. 111.

[2]) Eine eigentümliche Auffassung des § 329 hat Hellwig (pag. 188/89). Er kommt auf Grund der Entstehung dieses Paragraphen zu folgendem Ausspruch: „Der § 329 besagt, das Versprechen, den Gläubiger des Stipulanton zu befriedigen, berechtigt im Zweifel den Gläubiger nicht, die Befriedigung zu fordern, und zwar nicht nur dann, wenn nur die sog. Erfüllungsübernahme,

Möglich ist aber auch, dass nur eine Erfüllungsübernahme verabredet wird, und doch der Gläubiger unmittelbar das Recht haben soll, die Befriedigung von dem Übernehmer zu fordern, mit anderen Worten, dass der Übernehmer ihm neben dem Urschuldner mitverhaftet sein soll; in diesem Falle läge offenbar eine kumulative Schuldübernahme, d. h. eine akzessorische Gesamtverpflichtung vor, die zustande gekommen ist durch ein pactum in favorem tertii. Der Gläubiger kann natürlich nicht die Befreiung des Schuldners fordern, sondern nur, was ihm dieser schuldet und hierauf auch gegen den Übernehmer klagen. Letzterer schuldet die Leistung aus demselben Rechtsgrunde wie der Urschuldner; denn man wird regelmässig nicht annehmen können, dass derselbe sich hat abstrakt verpflichten wollen.

Dass der Parteiwille hier nicht nur auf eine kumulative, sondern auch auf eine privative Schuldübernahme gerichtet sein könne, scheint uns mit dem Wortlaut des § 329 unvereinbar. Wir können daher der Ansicht von Herz nicht beitreten, der[1]) meint, dass, falls aus dem Inhalt des Vertrages hervorgehe, dass für den Gläubiger ein direktes Klagerecht begründet sein soll, der Parteiwille darauf gerichtet sein könne, dass der Übernehmer entweder neben dem Schuldner oder für denselben eintritt. Es stehe, führt er weiter aus, nichts im Wege, dass die Parteien einen Vertrag dahingehend schliessen, dass der Gläubiger ein Forderungsrecht gegen den Übernehmer nur bei Aufgabe seines Rechtes gegen den Urschuldner erhalten soll. Ähnlich äussert sich Windscheid[2]): „Ist ein Klagerecht für den Gläubiger gewollt, so kann eine translative Schuldübernahme beabsichtigt sein, so dass letzterer durch seine Genehmigung das Recht gegen den Versprechenden erwirbt, und hierdurch gleichzeitig die Befreiung des alten Schuldners herbeiführt, der Versprechende also diesem gegenüber entlastet wird. Es kann aber auch die Absicht vorliegen, mit der Erfüllungsübernahme eine bestärkende Schuldübernahme im Sinne des Vertrages zugunsten des Gläubigers zu verbinden.“

Dagegen spricht sich besonders Stammler[3]) aus und behauptet, dass „der Vertragsabschluss stets nur auf Herstellung

---

sondern auch dann und noch mehr dann, wenn mit ihr die Vereinbarung der Schuldsukzession verbunden ist.“

[1]) pag. 43/44.

[2]) pag. 375 Anm. 4.

[3]) pag. 211.

einer Gesamtschuld ziele". Diese Ansicht vertreten mit Recht auch Planck[1]), Matthiass[2]) u. a. m.

Der dritte Fall stellt nun die Möglichkeit dar, dass jemand von vornherein mit dem Schuldner ausdrücklich übereinkommt, neben ihm bei dem Gläubiger haften zu wollen, sei es nun in der stärkeren Form als Gesamtschuldner oder in der schwächeren als Bürge. Diese Vereinbarung kann einmal nur darauf gehen, dass der Versprechende dem Schuldner zusagt, sich bei dem Gläubiger neben ihm verpflichten zu wollen, so dass erst durch den Vertrag mit dem Gläubiger die Haftung eintritt, resp. erst, nachdem der Gläubiger auf Aufforderung hin seine Genehmigung erteilt hat, oder aber die Parteien, d. h. der Versprechende und der Schuldner, machen ab, dass ersterer sofort Gesamtschuldner resp. Bürge bei dem Gläubiger neben dem Schuldner sein soll. Dann würde von vorherein eine Gesamtschuld resp. Bürgschaft durch ein pactum in favorem tertii begründet sein, und der Gläubiger ohne weiteres ein Klagerecht gegen den neuen Schuldner haben. Dem Gläubiger würde dadurch offenbar eine Begünstigung erwiesen, denn er bekommt ja zu dem bisherigen Schuldner noch einen weiteren hinzu. Es muss sich nur eben um dieselbe Schuld handeln, für die neben dem einen noch der andere haften will. So Cosack[3]), Planck[4]), Windscheid-Kipp[5]), Oertmann[6]), Heil[7]), Fluhme[8]) u. a. m.

Dass allerdings bei einem solchen Vertrage auch das Interesse der eigenen wirtschaftlichen Lage der Parteien, also der eigene Vorteil derselben, oft in Betracht kommen wird, ist ausser Zweifel[9]).

Ob aber gerade auch eine Bürgschaft auf diese Weise begründet werden kann, könnte mit Rücksicht auf die Worte des § 765 B.G.B.: „Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten" zweifelhaft sein. Auch die Ausdrucksweise vieler Schriftsteller scheint dagegen zu

---

[1]) pag. 199.
[2]) pag. 463/64.
[3]) § 116 Abschn. II pag. 399.
[4]) pag. 199.
[5]) Bd. II, pag. 375.
[6]) pag. 288.
[7]) pag. 120 ff.
[8]) pag. 33 ff.
[9]) Confer Rosbund, pag. 13.

sprechen. So sagt z. B. Dernburg[1]: „Zur Bürgschaft ist ein Vertrag des Bürgen mit dem Gläubiger nötig; wer dem Schuldner verspricht, für dessen Verbindlichkeit aufzukommen, ist kein Bürge.“ Oertmann[2]) meint, der Bürgschaftsvertrag vollzieht sich als solcher nur zwischen dem Gläubiger und Bürgen. Die Mitwirkung des Schuldners ist möglich, aber nicht wesentlich. Ähnlich äussert sich Cosack[3]: „Die Bürgschaft ist ein Vertrag, nicht etwa einseitige Willenserklärung des Bürgen. Sie bedarf also der Annahme seitens des Gläubigers. Der Hauptschuldner braucht von der Bürgschaft nichts zu wissen; sogar dass er der Bürgschaftsübernahme widerspricht, schadet nichts.“

Man wird jedoch wohl sagen können, dass trotz der Worte: „gegenüber dem Gläubiger“ im § 765 B.G.B. die Übernahme einer Bürgschaft auch durch einen Vertrag mit dem Schuldner zugunsten des Gläubigers wird geschehen können; denn durch diese Worte soll wohl nur ausgedrückt werden, dass nur der Gläubiger und nicht der Hauptschuldner das Recht hat, von dem Bürgen die Leistung zu verlangen. Es soll aber damit nicht gesagt werden, dass nur der Gläubiger Versprechensempfänger sein könne.

Auch der § 328 Abs. 1 B.G.B. steht mit dieser Auffassung im Einklang. Es heisst dort: „Durch Vertrag kann eine Leistung bedungen werden,“ d. h. also jede beliebige Leistung, die überhaupt rechtlich ausbedungen werden kann. Der Übernehmer verpflichtet sich eben dem Schuldner gegenüber, neben ihm dessen Gläubiger als Bürge zu haften[4]. Schliesslich, wenn eine Gesamtschuld auf diesem Wege zustande kommen kann, warum sollte es nicht auch die Bürgschaft? Die Parteien müssen aber natürlich gerade die Schuldübernahme als Bürge oder Gesamtschuldner selbst bereits in dem Vertrage vereinbart und nicht etwa bloss der eine dem anderen versprochen haben, demnächst die Schuld neben ihm bei dem Gläubiger zu übernehmen.

Wie steht es aber hier mit der Form? Ist hier auch Schriftlichkeit notwendig? Über die Frage, ob Verträge auf Leistung an Dritte als solche einer Form bedürfen, schweigt das Gesetz[5]. Ohne Zweifel wird man aber die Schriftlichkeit, die für die Bürgschafts-

---

1) Bürgerliches Recht pag. 344.
2) pag. 855 Bemerk. 1.
3) § 158 Abschn. III, 1 a u. b, pag. 582.
4) Confer Heil pag. 121 ff. und Hellwig pag. 55 ff.
5) Confer Hellwig pag. 66 ff.

erklärung vorgeschrieben ist, auch hier fordern müssen. Dieselbe wird eben dem Schuldner gegenüber abgegeben. Der Gläubiger wird allerdings durch einen solchen Vertrag ohne Wissen und Willen berechtigt, und kann sofort nach Kenntnisnahme auf Vorlegung der Urkunde gemäss § 810 B.G.B. klagen, resp. auf Grund des § 952 B.G.B. die Herausgabe verlangen.

Ist nun der Schuldübernahmevertrag — ob im Zweifel Bürgschaft oder Gesamtschuld anzunehmen ist, darüber haben wir bereits oben gesprochen — in Gestalt eines pactum in favorem tertii abgeschlossen, so ist dies insofern wichtig, als der Übernehmer dann gegen den Gläubiger auch die Einwendungen, die sich aus seinem Verhältnis zum Urschuldner ergeben, geltend machen kann, so insbesondere die Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Diese Einreden hat er bei direktem Vertragsabschluss mit dem Gläubiger nicht. Diese Verschiedenheit rechtfertigt sich daraus, dass in letzterem Falle der Vertrag zwischen Übernehmer und Gläubiger juristisch mit der Abmachung zwischen Urschuldner und Übernehmer gar nichts zu tun hat, vielmehr als etwas ganz selbständiges auftritt, mit einem Wort, dass das Recht des Gläubigers überhaupt nicht auf einem Vertrage zwischen Urschuldner und Übernehmer, sondern auf dem Vertrage zwischen Übernehmer und Gläubiger beruht, während im anderen Falle in dem Vertrage zwischen Urschuldner und Übernehmer auch schon die Schuldübernahme des Übernehmers enthalten ist, überhaupt das Recht des Gläubigers auf dem Vertrage zwischen Urschuldner und Übernehmer beruht.

Das B.G.B. hat diesen Grundsatz ausdrücklich anerkannt. Der § 334 B.G.B. lautet:

„Einwendungen aus dem Vertrage stehen dem Versprechenden auch gegenüber dem Dritten zu.“

Dass die Parteien den Weg des pactum in favorem tertii auch im praktischen Leben einschlagen werden, ist wohl denkbar. Ein Gläubiger z. B. drängt seinen Schuldner und will nur dann von ihm ablassen und ihm Zeit zur Besserung seiner Lage geben, falls dieser ihm einen tüchtigen Bürgen stellt. Zu Bürgschaften aber drängt sich, wie gesagt, niemand, und meist verbürgt man sich auf Aufforderung des Hauptschuldners, sei es entgeltlich oder unentgeltlich, vielfach jedenfalls gegen Entgelt. Der Schuldner bemüht sich nun in unserem Falle um einen solventen Bürgen, er findet auch einen solchen, soll diesem aber 1000.— Mk. Provision

versprechen, ohne Rücksicht darauf, ob er in Anspruch genommen resp. zahlen werde oder nicht. Das Einfachste ist nun das, dass der Übernehmer und der Schuldner einen Vertrag abschliessen werden, worin einmal der Urschuldner sich verpflichtet, 1000.— Mk. Provision zu zahlen, andererseits der Übernehmer sich verbürgt, d. h. bereits die Bürgschaft selbst übernimmt, nicht bloss die Verpflichtung, dieselbe demnächst bei dem Gläubiger zu übernehmen. Allerdings ist dann der Übernehmer bereits Bürge, ohne sein Entgelt schon dafür zu haben; es liegt aber auch keine Gefahr vor, dass er als Bürge zur Zahlung herangezogen werden könne und seinerseits leisten müsse, ohne dass ihm vom Urschuldner schon geleistet sei; denn er hat ja die aus seinem Verhältnis zum Urschuldner sich ergebenden Einwendungen, d. h. er kann die Leistung verweigern, bis ihm seinerseits Zug um Zug geleistet ist. Sollte der Gläubiger ausnahmsweise die Bürgschaft des Übernehmers zurückweisen, so gilt sie als überhaupt nicht entstanden (§ 333 B.G.B.). Natürlich braucht dann dem Übernehmer kein Entgelt gezahlt zu werden, und sollte der Schuldner seinerseits schon gezahlt haben, so kann er das Gezahlte kondizieren. Zweckmässigerweise wird er daher im Einzelfalle mit der Zahlung der Provision solange warten, bis er weiss, dass vom Gläubiger die Bürgschaft nicht zurückgewiesen wird. Übrigens wird er regelmässig den Gläubiger sofort von der Bürgschaftsübernahme in Kenntnis setzen, und dieser wird sich darauf bald erklären. Vielfach wird der Schuldner den Gläubiger schon im Voraus fragen, ob der betreffende ihm als Bürge genüge.

Wenn dagegen der Übernehmer sich in dem Vertrage nur verpflichtet, demnächst beim Gläubiger die Bürgschaft zu übernehmen, so können sich, falls hier nicht Zug um Zug erfüllt wird, Misslichkeiten ergeben. Leistet nämlich der Schuldner vor, so könnte es vorkommen, dass der Übernehmer sich trotzdem weigert, die Bürgschaft zu übernehmen. Allerdings kann er dann vom Schuldner zur Übernahme durch Klage gezwungen werden, wobei für die Vollstreckung § 894 Z.P.O. in Betracht käme; jedoch würde darüber immerhin eine geraume Zeit vergehen; leistet ferner der Übernehmer vor, indem er die Bürgschaft übernimmt, so ist es denkbar, dass der Schuldner die Provision verweigert. Dann kann ersterer als Bürge an den Gläubiger Zahlung leisten müssen, ohne die Provision erhalten zu haben, weil er in diesem Falle des direkten Vertragsabschlusses zwischen Gläubiger und sich

keine Einwendungen aus seinem Verhältnis zum Schuldner machen kann.

Wir sehen also, dass die Parteien vielfach ein Interesse haben werden, die Form eines pactum in favorem tertii zu wählen.

Zweifel, ob bei der Schuldübernahme im Einzelfall eine Bürgschaft — sei es einfache oder selbstschuldnerische — gemeint sei oder eine Gesamtschuld, werden hier schon deshalb selten vorkommen, weil zu den Verhandlungen des Schuldners und des Übernehmers eben noch solche des letzteren mit dem Gläubiger hinzutreten.

Wird dem Schuldner nun die Übernahme gerade einer Bürgschaft versprochen, so ist die dem Gläubiger gegenüber erfolgende Verbürgung die versprochene Leistung. Dieses Versprechen wird aber[1]) auch der Schriftform bedürfen. Wir folgen Hellwig, der [2]) sagt, dass dies aus der ratio legis des § 766 B.G.B. folge. Der Zweck der ganzen Formvorschrift würde vereitelt, wenn der Versprechende durch eine dem Schuldner unbedacht gemachte Zusage gezwungen werden könnte, die Verbürgung zu bewirken. Es sind also analoge Grundsätze anzuwenden, wie sie für einen Vorvertrag gelten, wenn der Hauptvertrag unter eine Form gestellt ist. Ein Vorvertrag bedarf aber der Form des Hauptvertrages jedenfalls, wenn die Form Vorbedingung der Wirksamkeit überhaupt ist.

So sagt ferner Matthiass[3]): „Ist der Sinn der Formvorschrift der, dass auch ohne Beobachtung der Form eine Wirkung eintreten soll[4]), von deren (?) Beobachtung nur eine bestimmt geartete Wirkung abhängt, so bedarf der Vorvertrag nicht der Form des Hauptgeschäftes (Wechselvertrag). Ist aber wie hier in unserem Falle bei der Bürgschaft die Beobachtung der Form Vorbedingung der Wirksamkeit überhaupt, so muss auch der Vorvertrag in dieser Form abgeschlossen werden[5]).“

Während, wie schon oben bemerkt, bei der Schuldübernahme in Form des pactum in favorem tertii der Übernehmer Einwen-

---

[1]) Ebenso wie das dem Gläubiger direkt etwa gegebene Versprechen, sich verbürgen zu wollen.

[2]) pag. 69 Anm. 135.

[3]) pag. 204.

[4]) Das Folgende muss wohl heissen „und dass von der Beobachtung der Form nur eine bestimmt geartete Wirkung abhängt.“

[5]) § 125 B.G.B. — Confer auch Stammler pag. 13, Rotmann pag. 56.

dungen aus seinem Verhältnis zum Schuldner geltend machen kann, so soll er dies in dem Falle, wo die Übernahme selbst erst durch Vertrag mit dem Gläubiger entsteht, nicht können. Gewiss ist dieses richtig, es kommt aber immer darauf an, wie der Vertrag mit dem Gläubiger zustande kommt. Tritt nämlich letzterer dem Vertrage, wie ihn der Übernehmer mit dem Urschuldner geschlossen, auf Aufforderung bei, so wird man diese Einreden zulassen müssen.

Ähnlich erklärt sich auch Kipp. Er unterscheidet, wie der betreffende Vorgang sich abspielt. Wird dem Gläubiger der Miteintritt in den ursprünglichen Vertrag angeboten, so, wie derselbe geschlossen ist, und hat er dies akzeptiert, so hat es bei der aus dem Vertrage folgenden Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung sein Bewenden; der Gläubiger ist also besonders der Einrede der mangelnden Gegenleistung ausgesetzt. Hat aber der Übernehmer dem Gläubiger gegenüber Verpflichtungserklärungen abgegeben, die von dem zwischen ihm und dem Schuldner geschlossenen Vertrag abstrahieren, so ist diese Einrede nicht begründet[1]).

Damit schliessen wir die allgemeinen Betrachtungen; wir sind mit kurzen Worten zu dem Resultat gelangt, dass die kumulative Schuldübernahme im engeren Sinne neben der Bürgschaft auch heute noch besteht, ihre Berechtigung hat und sich wesentlich von der Bürgschaft unterscheidet. Sie stellt sich dar als eine akzessorische Gesamtverpflichtung und bedarf nicht der Schriftform, wie sie für die Bürgschaft erforderlich ist. Sie kann, wie auch die Bürgschaft, sowohl direkt wie durch ein pactum in favorem tertii zustande kommen.

Das Folgende wird die wesentlichsten Unterschiede zwischen der Haftung eines hinzutretenden Gesamtschuldners und eines Bürgen umfassen.

---

[1]) Kipp, Iherings Jahrbücher, Bd. 36 pag. 362. Confer auch E.d.R.G. Bd. 33 Nr. 39.

B. Spezieller Teil.

§ 8.

Übersicht der Unterschiede zwischen der Haftung des hinzutretenden Gesamtschuldners und des Bürgen.

Die Feststellung, ob eine Bürgschaftsverpflichtung oder eine kumulative Schuldübernahme, d. h. mit anderen Worten eine Verpflichtung als Gesamtschuldner vorliegt, ist sehr wichtig, da eine grosse Anzahl von Unterschieden zwischen beiden Haftungsarten besteht.

Was zunächst die Entstehung anlangt, so werden beide durch Vertrag [1]) regelmässig begründet, sei es direkt mit dem Gläubiger oder durch einen Vertrag zugunsten desselben mit dem Schuldner. Aber bei der kumulativen Schuldübernahme ist dieser Vertrag, wie oben gezeigt, formlos, bei der Bürgschaft dagegen wird Schriftlichkeit der Bürgschaftserklärung verlangt, eine Form, deren Mangel allerdings durch die Leistung geheilt wird.

Die Übernahme einer Schuld hat in beiden Fällen die Existenz einer Urschuld zur Voraussetzung. Ist daher eine gültige Urschuld nicht vorhanden, so kann auch von der Übernahme derselben als Gesamtschuldner resp. Bürge neben dem alten Schuldner nicht die Rede sein. Dies würde auch dann keine Änderung erleiden, wenn der Übernehmer die Nichtigkeit der Schuld kannte; es wäre aber möglich, dass sich in diesem Falle unter der Form einer Schuldübernahme ein Schenkungsversprechen verbergen könnte, wie wenn

[1]) Die Fälle sogenannter gesetzlicher kumulativer Schuldübernahme werden zum Schluss aufgeführt werden, ebenso die wenigen Fälle einer gesetzlichen Bürgschaft.

z. B. jemand in liberaler Absicht mit dem animus donandi eine Wucherschuld übernimmt, um seinen Freund aus Wucherhänden zu befreien, aber aus Zartgefühl gegen den Freund die Schenkungsabsicht verschweigt, dann würde nach § 518 B.G.B. zur Gültigkeit dieses Versprechens sogar gerichtliche oder notarielle Beurkundung nötig sein.

Zulässig ist es jedoch analog der Vorschrift des gemeinen Rechts, dass eine Bürgschaft nicht nur für eine bereits bestehende Hauptschuld oder gleichzeitig mit dieser, sondern auch für eine künftige Verbindlichkeit übernommen wird. Im kaufmännischen Verkehr geschieht dies vielfach [1]).

Bei der kumulativen Schuldübernahme dagegen tritt der Übernehmer begrifflich erst nachträglich zur Urschuld hinzu.

Erwähnen wollen wir an dieser Stelle, wie es bei dem Bestehen einer sogen. natürlichen Verbindlichkeit als Hauptschuld zu halten ist. Eine Bürgschaft konnte im gemeinen Recht auch für eine naturalis obligatio übernommen werden. Ebenso konnte diese die Grundlage für eine privative Schuldübernahme durch Novation bilden. Die Fälle, in denen man eine naturalis obligatio annahm, waren allerdings sehr verschiedenartig. Das B.G.B. kennt den Begriff einer natürlichen Verbindlichkeit überhaupt nicht, wenn auch gleiche oder ähnliche Fälle einer solchen selbst heute noch vorhanden sind. Es wird daher im allgemeinen die Regel lauten müssen: Die Übernahme einer Bürgschaft für eine sogen. Naturalschuld ist ungültig [2]).

So wird man sich besonders für Spiel- und Wettschulden und die diesen gleichstehende Schuld aus einem Differenzgeschäfte nicht verbürgen können, denn in diesen Fällen wird nach § 762 resp. § 764 B.G.B. eine Verbindlichkeit nicht begründet. Eine solche ist aber nach § 765 B.G.B. die Voraussetzung für eine gültige Bürgschaft. Ebenso würde die Verbürgung für den Ehemäklerlohn (§ 656 B.G.B.) ungültig sein.

Wohl aber wird man eine Verbürgung für einen verjährten Anspruch zulassen können, da der § 222 B.G.B. dem Verpflichteten nach vollendeter Verjährung nur die Berechtigung gibt, die Leistung zu verweigern.

Dasselbe wie für die Bürgschaft muss auch für den Beitritt als Gesamtschuldner gelten.

---

1) E.d.R.G. Bd. 34 pag. 155.

2) Windscheid, Bd. II § 447 Nr. 2, Matthiass pag. 640/41.

Während nun aber der Bürge immer für eine fremde Schuld haftet, haftet der hinzutretende Gesamtschuldner für eine eigene.

Die Bürgschaft ist ferner, wie bereits oben betont worden ist, streng akzessorischer Natur und macht alle Schwankungen, Beschränkungen, wie Erweiterungen der Schuld des Hauptschuldners mit. Diese Natur erleidet auch bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft keine Änderung; nur die Subsidiarität, nicht aber der akzessorische Charakter der Bürgschaftsobligation wird aufgehoben. Bei der kumulativen Schuldübernahme tritt dagegen dieser akzessorische Charakter mehr zurück. Die neue Verbindlichkeit hat während ihres Bestehens eine selbständige Existenz und kann ein von der ersten Verbindlichkeit verschiedenes rechtliches Schicksal erfahren. Dies wird in den folgenden Ausführungen vielfach hervortreten.

Wenn der Hauptschuldner bedingt haftet, so folgt aus der akzessorischen Natur der Bürgschaft, dass dann der Bürge nicht unbedingt sich verpflichten kann [1]), während bei der kumulativen Schuldübernahme der Urschuldner bedingt, der Kumulativschuldner aber unbedingt haften kann.

Dagegen können sowohl der Haftung des Bürgen wie der des einzelnen Gesamtschuldners Nebenbestimmungen beigefügt werden, insbesondere kann der neue Gesamtschuldner unter anderen Modalitäten haften wie der alte. Der Leistungsort, die Zahlungszeit können andere sein. Ferner kann der Bürge ebenso wie der Kumulativschuldner nur bedingt verpflichtet sein, während der Urschuldner unbedingt haftet. Hierbei sei bemerkt, dass eine Schuld also auch dann nicht aufhört, Gesamtschuld zu sein, wenn ausgemacht wird, dass der neue Schuldner erst in Anspruch genommen werden darf, wenn der andere vergeblich ausgeklagt ist. Dieser Fall würde allerdings mit einer Schadlosbürgschaft, resp. einer selbstschuldnerischen Ähnlichkeit haben.

Für den Fall, dass der Bürge sich nur auf bestimmte Zeit verbürgt, also bis zu einem Endtermin, sind besondere Bestimmungen im § 777 B.G.B. getroffen.

Jedenfalls aber kann der Bürge als solcher nie in duriorem causam verpflichtet werden, er kann immer nur soweit haften, als der Hauptschuldner. Dies folgt aus der akzessorischen Natur.

---

[1]) So auch Entwurf I, pag. 322 Abs. 1; von der zweiten Kommission wurde dies als selbstverständlich gestrichen (Prot. I, 44).

Ausgeschlossen ist es allerdings nicht, dass der Bürge neben seiner Bürgschaftsschuld noch eine selbständige Verpflichtung übernimmt, die dann aber nicht nach den Regeln der Bürgschaft zu beurteilen ist, vielmehr nach den allgemeinen für die Verbindlichkeit der Schuldversprechen geltenden Normen. So könnte z. B. ein Schenkungs- oder Entschädigungsversprechen oder eine Schuldübernahme vorliegen. So Motive zum B.G.B.[1]), Goldmann-Lilienthal[2]), Planck[3]) und Matthiass[4]).

Ein fernerer Unterschied besteht bei der Kündigung der Schuld. Durch dieselbe wird nur die Verbindlichkeit desjenigen Gesamtschuldners, an den sie erfolgt ist, fällig, nicht auch die der übrigen Gesamtschuldner. Wohl aber wirkt die dem Hauptschuldner gegenüber gemachte Kündigung auch für den Bürgen. Ferner kommt durch die an einen Gesamtschuldner erfolgte Mahnung nur dieser selbst in Verzug, anders beim Bürgen; der Verzug des Hauptschuldners wirkt auch für ihn, und er haftet, wenn die Hauptverbindlichkeit durch dessen Verzug geändert wird. Daher muss er einstehen für Verzugszinsen und muss die durch den Verzug eintretende Haftung für Zufall und Schadensersatz auf sich nehmen[5])[6]).

Insbesondere erstreckt sich seine Haftung auf die Änderung der Hauptverbindlichkeit, die durch ein Verschulden des Hauptschuldners herbeigeführt wird[7]). Dieser Grundsatz wird im § 767 B.G.B. ausdrücklich betont und ist bereits in den römischen Rechtsquellen zu finden[8]). Der Bürge haftet daher auch für den Er-

[1]) Bd. II pag. 660/61.

[2]) pag. 812 Anm. 5.

[3]) pag. 511 Anm. 6.

[4]) pag. 643.

[5]) § 287 B.G.B.; § 286 B.G.B.

[6]) Das B.G.B. lässt die Frage, ob der Bürge auch für Vertragszinsen resp. Vertragsstrafen zu haften habe, unentschieden. Ohne weiteres wird aber eine solche Haftung nicht anzunehmen sein, vielmehr wird es einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Willenserklärung bedürfen. Wohl aber haftet der Bürge, wie schon im gemeinen Recht anerkannt ist, für die vom Hauptschuldner zu ersetzenden Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung (§ 767 B.G.B.).

[7]) Nicht aber wird seine Verpflichtung durch Rechtsgeschäfte, die der Hauptschuldner nach Übernahme der Bürgschaft vornimmt, z. B. Erhöhung des Zinsfusses, Versprechen einer Strafe, Änderung der Leistung im Vergleichswege etc. erweitert.

[8]) Confer lex 91 § 9 Dig. 41, 1 und lex 58 § 1 Dig. eod; confer auch Hasenbalg pag. 279.

satz des Schadens bei verschuldeter Unmöglichkeit der Leistung seitens des Hauptschuldners gemäss § 280 B.G.B.[1]).

Anders ist es beim Gesamtschuldner. Seine Haftung für Verschulden soll zugleich im Zusammenhang mit der Unmöglichkeit der Leistung in der Person eines Gesamtschuldners behandelt werden.

Das B.G.B. versteht unter Unmöglichkeit nur die objektive Unmöglichkeit, die sog. subjektive heisst im Gesetz: „Unvermögen des Schuldners zur Leistung.“ Beide werden aber, wenn sie nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintreten, nach § 275 Abs. 2 B.G.B. einander gleichgestellt.

Im § 425 Abs. 2 gebraucht das Gesetz aber den Ausdruck „Unmöglichkeit“ ausnahmsweise von der subjektiven Unmöglichkeit. Der Gesamtschuldner, in dessen Person die Unmöglichkeit nachträglich eintritt, wird entweder frei oder haftet auf Schadensersatz, je nachdem er die Unmöglichkeit zu vertreten hatte oder nicht[2]). Die übrigen Schuldner bleiben zur Leistung verpflichtet. Bei anfänglicher subjektiver Unmöglichkeit[3]) ist der Schuldner, in dessen Person sie vorliegt, in demselben Umfange schadensersatzpflichtig, wie wenn er allein stände. Die übrigen sind zur eigentlichen Leistung verbunden.

Von der objektiven Unmöglichkeit spricht der § 425 Abs. 2 B.G.B. nicht, weil dieselbe überhaupt nicht in der Person eines einzelnen Schuldners eintreten kann. Aber das Gesetz erklärt, dass das Verschulden eines Schuldners nur ihn berührt; es haftet also, soweit die Haftung für Schadensersatz bei Unmöglichwerden der Leistung vom Verschulden des Schuldners abhängt, nur der schuldige Gesamtschuldner, die andern werden frei[4]). Dies könnte auf den ersten Blick hart erscheinen, aber es ist sehr leicht möglich, dass ein Gesamtschuldner in dem einen oder anderen Falle deshalb auch seinerseits im Verschulden ist, weil er den von dem

---

[1]) Erwähnt sei, dass wenn der Bürge durch einen von ihm zu vertretenden Umstand die Hauptleistung unmöglich macht, er sich dann nicht etwa auf die dadurch eingetretene Befreiung des Schuldners berufen kann. Das ist anerkannt, wenn auch das B.G.B. über diesen Punkt schweigt.

[2]) §§ 276 ff. B.G.B.

[3]) Ist die Leistung von Anfang an objektiv unmöglich, so haftet nach §§ 307/08 B.G.B. nur derjenige Gesamtschuldner, der die Unmöglichkeit kannte oder kennen musste.

[4]) Anders im gemeinen Recht nach herrschender Lehre auf Grund der ex 18 Dig. de duobus reis 45, 2.

anderen verursachten Schaden nicht verhindert hat und somit dann seinerseits doch haftet.

Ferner ist es möglich, dass ein Gesamtschuldner nicht nur für sich, sondern zugleich für den andern handelt. Der § 278 B.G.B. besagt: Der Schuldner hat ein Verschulden .... der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, im gleichen Umfange zu vertreten, wie eigenes Verschulden.

Wenn z. B. A und auf seine Aufforderung auch sein Bruder B ihrem Gutsnachbarn C versprechen, für ihn Getreide auf ihrem Wagen mit zur Stadt zu fahren, so haften sie als Gesamtschuldner für Ausführung des übernommenen Auftrages. Wenn nun z. B. A das Getreide fahrlässig beschädigt, so haftet nach § 425 Abs. 2 nur er allein. C kann auf Ausführung des Auftrages beide, auf Schadensersatz nur den Täter verklagen. Dies kann für ihn unangenehm werden, insbesondere wenn A sowohl wie B die Täterschaft leugnen, und er also nicht weiss, ob er den Richtigen verklagt. § 278 B.G.B. bringt Hilfe; denn im vorliegenden Falle ist jeder Bruder Gehilfe des anderen bei Erfüllung des Auftrages. Jeder soll den Auftrag ganz erfüllen, und lässt er ihn durch seinen Bruder ausführen, so bedient er sich eben seines Bruders zur Erfüllung seines Auftrages. Dies ändert sich auch dadurch nicht, dass der als Gehilfe benützte Bruder eine selbständige Verpflichtung zur Erfüllung des Auftrages hat. Beides ist sehr wohl miteinander vereinbar. Die Gesamtschuldner haften im vorliegenden Falle und in vielen anderen für einander nicht als Gesamtschuldner, sondern als Gehilfen.

Wir wenden uns nun zu den Einwendungen, die von dem Bürgen einerseits und dem hinzutretenden Gesamtschuldner andererseits erhoben werden können. Zuerst wollen wir allgemeine Grundsätze angeben und sodann einige spezielle Einreden besonders erwähnen.

Was zunächst den Bürgen anlangt, so kann er erstens selbstverständlich dem Gläubiger diejenigen Einreden entgegenhalten, die ihm selbst gegen denselben zustehen. Zweitens aber kommen dem Bürgen auch alle Einreden zugute, die der Hauptschuldner dem Gläubiger entgegensetzen kann. Er verliert sie auch nicht durch Verzicht des Hauptschuldners[1]).

---

1) **Denn auch ein solcher Verzicht ist ein der Verbürgung nachfolgendes Rechtsgeschäft des Hauptschuldners, wodurch die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert werden kann (§ 767 Abs. 1 B.G.B.).**

Doch wollen wir zwei Ausnahmen hervorheben: einmal kann sich der Bürge, wenn der Hauptschuldner stirbt, nicht darauf berufen, dass der Erbe für die Verbindlichkeit nur beschränkt haftet [1]), und ferner kann er sich nicht auf die durch Zwangsvergleich eingetretene Reduktion des Gläubigerrechts berufen [2]).

Ob aber drittens der Bürge dem Gläubiger auch solche Einreden entgegensetzen kann, die sich aus seinem Verhältnis zum Hauptschuldner ergeben, ist verschieden zu beurteilen, je nachdem, wie schon oben erwähnt, der Bürge den Übernahmevertrag direkt mit dem Gläubiger oder auf einem anderen Wege geschlossen hat. Er wird die Einwendungen eben nur haben, wenn die Bürgschaft in Form eines pactum in favorem tertii abgeschlossen ist, oder der Gläubiger dem Vertrage zwischen Schuldner und Bürgen beigetreten ist.

Auch der hinzutretende Gesamtschuldner kann dem Gläubiger erstens alle Einwendungen entgegensetzen, die in seiner eigenen Person begründet sind.

Ob er ferner dem Gläubiger gegenüber auch die Einwendungen geltend machen kann, die der Urschuldner dem Gläubiger entgegenhalten kann, dürfte hier nicht ganz zweifellos erscheinen. Man wird wohl folgendermassen unterscheiden müssen: Da der Übernehmer in die Schuld so einrückt, wie sie ist, so kann er dem Gläubiger auch alle Einwendungen des Urschuldners entgegensetzen, die im Momente der Übernahme bereits begründet waren. Ausgenommen davon sind nur solche, die gerade in der Person des Urschuldners begründet sind, mit der Schuld selbst aber nichts zu tun haben.

So dürfte wohl der Übernehmer eine dem Urschuldner zustehende Kompensationseinrede nicht geltend machen können, — ist sie erst nach seinem Eintritt entstanden, so kann er sie sowieso nicht vorschützen [3]). Wohl aber dürfte er sich auf eine vor seinem Eintritt in die Schuld bereits laufende Verjährung der Obligation nach deren Beendigung berufen können.

Anders steht es mit den erst nach der Schuldübernahme begründeten Einwendungen. Von diesen wirken nach B.G.B. §§ 422—425 nur wenige objektiv, alle anderen aber subjektiv,

---

1) § 768 B.G.B.

2) § 193 K.O.

3) § 422 Abs. 1 B.G.B.

wenigstens soweit sich aus dem Schuldverhältnis nicht ein anderes ergibt.

Hat der Übernehmer eine Schuld übernommen, so wird er die Einrede der Verjährung nicht vorschützen können, falls nach der Übernahme die Verjährungsfrist in Ansehung des Urschuldners zu laufen beginnt.

Da die Verjährung für den Kumulativschuldner nach § 198 B.G.B. überhaupt erst „mit der Entstehung des Anspruchs" gegen ihn, also erst vom Augenblicke der vollzogenen Schuldübernahme zu laufen beginnt, so muss sogar der Anspruch gegen den Urschuldner früher verjähren als der gegen den Schuldübernehmer[1]). Allerdings bleibt auch in diesem Falle die Regresspflicht des Urschuldners gegen den Übernehmer bestehen[2]).

Erwähnt sei übrigens, dass der § 193 K.O. auch auf den Gesamtschuldner zu beziehen ist.

Betreffs derjenigen Einwendungen schliesslich, die sich aus dem Verhältnis des Übernehmers zum Urschuldner ergeben, ist auch hier, wie beim Bürgen zu unterscheiden, wie der Übernahmevertrag abgeschlossen ist; wird derselbe direkt mit dem Gläubiger geschlossen, so hat er die Einrede nicht, ist aber der Vertrag in Form des pactum in favorem tertii zustande gekommen, oder ist der Gläubiger dem zwischen dem Übernehmer und dem Urschuldner geschlossenen Vertrag beigetreten, so wird er sie geltend machen können.

Wir wollen nun noch spezielle Einreden besonders hervorheben:

Eine sehr wichtige, nur dem Bürgen zustehende Einrede ist die der Vorausklage[3]). Er kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange nicht der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat.

Die Beweislast bei dieser Einrede stellt sich nach herrschender Ansicht so, dass der Bürge diese Einrede der Vorausklage nur vorzuschützen hat; ist dieses geschehen, so hat der Gläubiger darzutun, dass er eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat. Der Bürge hat also die Behauptungs-,

---

1) So auch **Martinius** a. a. O. pag. 185.

2) So auch **Schollmeyer** zu § 426, 3b a. E. und **Kuhlenbeck** zu § 426 Bem. 4.

3) § 771 B.G.B.

der Gläubiger die Beweispflicht. Unter besonderen Voraussetzungen fällt diese Einrede fort (§ 773 B.G.B.), insbesondere dann, wenn sich der Bürge als Selbstschuldner verbürgt hat.

Ausserdem steht nach §§ 349 und 351 H.G.B. dem Bürgen die Einrede nicht zu, wenn die Bürgschaft für ihn ein Handelsgeschäft ist. Es ist also ohne Bedeutung, wenn die Hauptschuld aus einem Handelsgeschäft hervorgeht, oder wenn die Bürgschaft für den Gläubiger ein Handelsgeschäft ist; ferner muss er die Bürgschaft als Vollkaufmann eingegangen haben.

Der Bürge hat ferner das Recht, die Befriedigung des Gläubigers zu verweigern, solange dem Hauptschuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten, oder solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann [1]).

Dagegen hat ein Gesamtschuldner ein solches Recht nicht. Eine Kompensationseinrede kann nur von dem Schuldner vorgeschützt werden, dem die Forderung zusteht, dann erlischt die Schuld für alle [2]).

Was den Erlass seitens des Gläubigers anlangt, so wirkt derselbe auch für den Bürgen des akzessorischen Charakters wegen befreiend. Ist aber ein Erlass zwischen dem Gläubiger und einem Gesamtschuldner vereinbart, so wirkt er für die übrigen Schuldner nur dann, wenn die Vertragschliessenden das ganze Schuldverhältnis aufheben wollten [3]).

In Anwendung der Regeln über die Gesamtschuldverhältnisse ergibt sich ferner, dass eine nach der Übernahme in der Person des Urschuldners eintretende Vereinigung von Forderung und Schuld (confusio) den Übernehmer nicht befreit, während durch eine solche confusio der Bürge frei wird. Bei dem Gesamtschuldverhältnis hat die confusio also nur subjektiv zerstörende Wirkung.

Ferner ist dem hinzutretenden Schuldübernehmer die Geltendmachung der exceptio rei iudicatae durch § 425 Abs. 2 B.G.B. versagt, während das zwischen Gläubiger und Hauptschuldner ergangene rechtskräftige Urteil, wodurch ersterer mit seiner Klage abgewiesen

---

[1]) § 770 B.G.B.

[2]) § 422 Abs. 2 B.G.B.

[3]) § 423 B.G.B.

ist, dem Bürgen die exceptio rei iudicatae gewährt. Dieses ist auf Grund des allgemeinen ersten Satzes des § 768 B.G.B. anzunehmen. So Dernburg[1]), Planck[2]), Herz[3]) u. a. m.

Wir kommen jetzt noch auf den Regress zu sprechen; hier weichen die Grundsätze, die für die Bürgschaft gelten, bedeutend von denen der Gesamtschuld ab. Was zunächst die Gesamtschuldner anlangt, so ist der Regress derselben durch § 426 B.G.B. geregelt. Nach diesem Paragraphen sind, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, die Gesamtschuldner im Verhältnis zueinander zu gleichen Teilen verpflichtet. Natürlich können die Anteile auch verschieden gross sein, eventuell kann sogar der eine im Verhältnis zum andern allein verpflichtet sein. Es wird eben auf die unter den Gesamtschuldnern bestehende Vereinbarung ankommen.

Das innere Verhältnis kann ein verschiedenes sein: es kann eine Sozietät vorliegen oder ein Mandat oder auch eine negotiorum gestio. Dann kämen die für diese Rechtsverhältnisse besonderen §§ 713, resp. 670, resp. 683 B.G.B. in Betracht.

In der Regel aber, wie gesagt, sind sie zu gleichen Anteilen verpflichtet, und jeder Gesamtschuldner hat dafür zu sorgen, dass der andere nicht mehr zu leisten hat, als auf dessen Anteil entfällt[4]). Er kann daher nach Fälligkeit der Gesamtschuld von seinen Mitschuldnern darauf belangt werden, dass er seinen Anteil dem Gläubiger leistet.

Hat einer der Mitschuldner die ganze Schuld oder einen Teil derselben erfüllt, so hat er einen Rückgriff gegen die übrigen auf anteilige Erstattung. Nicht erforderlich zur Begründung des Regresses ist es dabei, dass der betreffende Gesamtschuldner mehr als den auf ihn entfallenden Anteil bezahlt hat. Regelmässig wird allerdings nur in diesem Falle die Ausgleichungspflicht praktisch zur Anwendung kommen. Von Bedeutung kann die Frage aber einmal bei Teilzahlungen werden und ferner dann, wenn die Schuld ratenweise zu bezahlen ist.

Haften z. B. A, B und C als Gesamtschuldner für eine Forderung von 900.— Mk., so kann A, wenn er den auf ihn entfallenden Anteil von 300.— Mk. dem Gläubiger gezahlt hat, sowohl von B wie von C den Ersatz von 100.— Mk. verlangen.

---

1) Bürgerliches Recht, Bd. II Abt. II pag. 251.
2) Bd. II § 768 Anm. 3.
3) pag. 29.
4) Motive zum B.G.B. Bd. II pag. 170.

Haben B und C ebenfalls die auf sie entfallenden Anteile bezahlt, so steht jedem von ihnen ein dem Ausgleichungsanspruche des A entsprechender Anspruch gegen die beiden anderen Gesamtschuldner zu. In diesem Falle gleichen sich also die gegenseitigen Ersatzansprüche der Gesamtschuldner aus.

Haben B und C aber keine Zahlung an den Gläubiger geleistet, so ist, wie oben gesagt, jeder von ihnen dem A 100.— Mk. zu ersetzen an sich verpflichtet; praktisch von Bedeutung wird dies allerdings insbesondere dann, wenn die Schuld ratenweise zu begleichen ist, und einer eine Rate ganz bezahlt hat. Er kann in solchem Falle, auch wenn die von ihm bezahlte Rate den auf ihn entfallenden Anteil der ganzen Schuld nicht übersteigt oder auch nicht erreicht, doch sofort verhältnismässigen Ersatz von den übrigen verlangen.

Kann nun, so heisst es im § 426 B.G.B. weiter, von einem Gesamtschuldner der auf ihn entfallende Betrag nicht erlangt werden, so ist der Ausfall von den übrigen zur Ausgleichung verpflichteten Schuldnern zu tragen.

Kann also, um bei unserem Beispiel zu bleiben, A den auf B entfallenden Beitrag von 100.— Mk. nicht erlangen, so ist der Ausfall von ihm und C zu tragen. A kann also von C ausser den auf diesen entfallenden 100.— Mk. noch 50.— Mk. fordern.

Natürlich tritt diese anteilige Verhaftung, wie schon oben gesagt, nur ein, soweit nichts anderes bestimmt ist.

Neben diesem Anspruche auf Ausgleichung, den derjenige, der den Gläubiger befriedigt, aus eigenem Rechte hat, besteht aber noch ein gesetzlicher Übergang der Forderung des Gläubigers. Es heisst nämlich im § 426 Abs. 2 B.G.B.:

„Soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn über. Der Übergang kann nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden.“

Der Umfang des Ausgleichungsanspruchs wird durch den Übergang der Forderung des Gläubigers also nicht vergrössert. Der ausgleichungsberechtigte Schuldner kann daher nicht etwa von jedem Mitschuldner den ganzen Betrag dessen fordern, was er über seinen Anteil hinaus geleistet hat. Also kann A, sowohl von B wie von C, nur 100, und falls er den Betrag von B nicht erlangen kann, von C 150.— Mk. verlangen.

Mit der Forderung des Gläubigers gehen aber auch etwaige Hypotheken, Pfandrechte und Bürgschaften auf den Gesamtschuldner über. Auch kann er ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht im Falle der Zwangsvollstreckung oder im Konkurse geltend machen. Allerdings kann der Übergang der Forderung nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden.

Der betreffende Gesamtschuldner darf ferner nicht durch seine Teilnahme am Konkursverfahren des Regresspflichtigen die Dividende des Gläubigers aus den ihm noch verbleibenden Ansprüchen schmälern.

Die Anordnung des Überganges der Nebenrechte gilt insbesondere auch für die Fälle, wo nur ein Teil der durch sie verstärkten Forderung übergeht.

Was den Bürgen anlangt, so kommen für seinen Regress gegen den Hauptschuldner speziell die §§ 774, 775 B.G.B. in Betracht. Hervorgehoben sei jedoch von vornherein, dass Mitbürgen nach § 769 B.G.B. untereinander ebenso haften wie die Gesamtschuldner als solche. Es kommen also die eben erwähnten Grundsätze zur Anwendung, gegenüber dem Hauptschuldner dagegen kommen die obigen §§ 774, 775 B.G.B. der Bürgschaft in Betracht.

Nach diesen Vorschriften stehen dem Bürgen im allgemeinen zwei Wege offen, wie er seinen Rückgriff nehmen will:

Einmal geht kraft Rechtssatzes, nachdem er den Gläubiger befriedigt hat, die Forderung desselben gegen den Hauptschuldner auf ihn über, und zwar mit allen Vor- und allen Nebenrechten, insbesondere also Hypotheken- und Pfandrechten[1]).

Allerdings gehen, wenn mehrere Bürgen vorhanden sind, die Ansprüche gegen die anderen Bürgen nicht auf denjenigen Bürgen über, der den Gläubiger befriedigt hat; denn die Ausgleichung unter mehreren Bürgen bestimmt sich, wie gesagt, nach § 426 B.G.B.

Der Übergang der Forderung kann aber auch hier nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden, wie wir dies bei dem Gesamtschuldner ausgeführt haben.

Einreden, die dem Hauptschuldner gegen die Forderung des Gläubigers zustanden, müssen auch dem Bürgen entgegenstehen, soweit derselbe seinen Regressanspruch auf den Übergang dieser

---

1) Im römischen, resp. gemeinen Rechte stand dem Bürgen das sog. beneficium cedendarum actionum zu, vermöge dessen er Abtretung der Forderung vom Gläubiger verlangen konnte.

Forderung stützt[1]), und zwar auch dann, wenn der Bürge die Einwendungen bei der Zahlung schuldlos nicht kannte oder sie aus Unkenntnis im Prozess mit dem Gläubiger nicht vorgebracht hat. Er wird deshalb gut tun, dem Hauptschuldner den Streit zu verkünden, wenn er verklagt wird[2]).

Ferner kann der Hauptschuldner dem Bürgen die Einwendungen entgegenstellen, die sich aus dem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnis ergeben. Dahin würde z. B. der Einwand gehören, dass der Bürge für seine Aufwendungen bereits völlig gedeckt sei, oder dass er auf den Rückgriff verzichtet habe.

Das zugrundeliegende Rechtsverhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner wird meistens entweder Auftrag oder Geschäftsführung ohne Auftrag sein. Daher kann er auch mit den Klagen aus diesen Rechtsverhältnissen gegen den Hauptschuldner vorgehen. Er hat diese Ansprüche auf Grund der §§ 670, resp. 683 B.G.B. Dieselben weichen aber nach Inhalt, Umfang und juristischem Wesen erheblich von dem Anspruche ab, den ihm der Übergang der Klage des Gläubigers verschafft. So kann der Bürge mit diesen Ansprüchen vom Hauptschuldner nicht nur den Betrag der Forderung beanspruchen, den er dem Gläubiger berichtigt hat, sondern auch alle Aufwendungen, die er gerechtfertigterweise machte, so z. B. Prozesskosten. Es ist ihm ferner das von ihm Ausgelegte von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen[3]).

Die Verjährung der Ansprüche des Bürgen gegen den Hauptschuldner auf Grund seiner Verwendungen ist die dreissigjährige, auch wenn die Forderungen, die er tilgte, einer kürzeren Verjährung unterlagen. Dieselbe fängt mit der Aufwendung an.

Der Bürge aber, der im Auftrage des Hauptschuldners sich verbürgt hat, oder dem nach den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag die Rechte eines Beauftragten gegen den Hauptschuldner zustehen, hat aber noch eine besondere gesetzliche Befugnis. Er kann, wenn die Gefahr naherückt, dass er infolge der Bürgschaft dem Gläubiger wird erfüllen müssen, gegen den Hauptschuldner auf Befreiung klagen. Die speziellen Fälle

---

1) § 404 B.G.B.
2) § 72 Z.P.O.
3) § 256 B.G.B.

sind im § 775 B.G.B. in Anlehnung an das römische Recht[1]) aufgestellt. Der Anspruch selbst geht auf Befreiung von der Verbindlichkeit, die in der Regel durch Befriedigung des Gläubigers zustande kommen wird, möglicherweise aber auch dadurch, dass der Hauptschuldner den Gläubiger zu einem Verzicht auf die Rechte aus der Bürgschaft zu bewegen weiss. Ist die Hauptverbindlichkeit noch nicht fällig, so kann der Hauptschuldner dem Bürgen, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten.

Diese erwähnten Rechte stehen selbstverständlich auch dem selbstschuldnerischen Bürgen zu, und natürlich können dieselben durch besondere Abreden erweitert, resp. beschränkt werden.

Bemerkt sei schliesslich, dass zur Sicherheit seines Rückforderungsrechtes dem Bürgen eventuell ein Rückbürge neben dem Hauptschuldner gestellt sein kann.

---

[1]) Confer lex 35 § 1 Dig. 17, 1. Diese lex bezieht sich allerdings nur auf den Auftrag. Die Ausdehnung nach B.G.B. auf die Geschäftsführung ohne Auftrag ist aber nach dem zugrunde liegenden Prinzip nur konsequent.

§ 9.

Die kumulative Schuldübernahme nach der Auffassung des Reichsgerichts.

I.

Wir haben oben die Reichsgerichtsentscheidung vom 20. März 1902 [1]) und die darüber handelnde Literatur eingehend besprochen, und können uns deshalb damit begnügen, festzustellen, dass die Berufungsinstanz, das Oberlandesgericht Braunschweig, in dem oben skizzierten Tatbestande [2]) eine „sogenannte" kumulative Schuldübernahme erblickte und auch die Schriftform zur Gültigkeit für nicht erforderlich hielt.

Das Reichsgericht hob das Urteil auf und machte bezüglich der kumulativen Schuldübernahme folgende Bemerkungen:

„Eine sogenannte privative Schuldübernahme nach § 414 kann nicht vorliegen. Indes darum wäre natürlich nicht ausgeschlossen, dass zwischen Gläubiger und einem Dritten gültig auch ein Vertrag anderer Art geschlossen werden könnte, nach welchem dieser Dritte als Gesamtschuldner neben dem bisherigen Schuldner in die Haftung eintreten soll, von welchem Vertrage es übrigens für zweifelhaft gelten könnte, ob es sich empfiehlt, auch noch unter der Herrschaft des B.G.B., wie es viele Schriftsteller tun, für ihn den Namen der kumulativen Schuldübernahme beizubehalten. — Vergl. Goldmann und Lilienthal, B.G.B. 2. Aufl. Bd. I § 122 Anm. 5 pag. 449 [3]). —

---

1) E.d.R.G. Bd. 51 Nr. 26 pag. 120 ff.

2) Der Vater des unter Hinterlassung von Schulden geflüchteten Schuldners versprach mündlich, den Gläubiger voll und ganz zu befriedigen, damit von den Verfehlungen des geflüchteten Sohnes nichts an die Öffentlichkeit komme; der Gläubiger soll, sagte der betr. Vater, um keinen Pfennig kommen, er selbst wolle die Schuld in zwei Raten, eine vor und eine nach Weihnachten bezahlen.

3) Diese Anmerkung lautet: „Eine „kumulative Schuldübernahme" gibt es nicht, wenn man sich der Sprache des B.G.B. bedient; denn es gehört zum

Aber sollte auch ein solcher Vertrag begrifflich von der Bürgschaft des § 765 B.G.B., auch von der selbstschuldnerischen Bürgschaft des § 773 Ziff. 1 unterschieden werden können, so muss doch jedenfalls auch für ihn die Schriftform als erforderlich erachtet werden.

Die sogenannte kumulative Schuldübernahme ist ein Geschäft von ganz anderer Art als die formfreie privative Schuldübernahme des § 414 B.G.B., das seiner materiellen Wirkung nach jedenfalls die grösste Ähnlichkeit mit der selbstschuldnerischen Bürgschaft hat, so dass die legislativen Erwägungen, die zur Vorschrift des § 766 B.G.B. geführt haben, auch für die sogenannte kumulative Schuldübernahme völlig zutreffen. Wollte man diese auch bei bloss mündlichem Abschluss als bindend anerkennen, so wäre die Umgehung des § 766 die leichteste Sache der Welt. Es muss daher als dem Sinne des B.G.B. entsprechend gelten, auch für die sogenannte kumulative Schuldübernahme die schriftliche Form zu verlangen."

Das Reichsgericht hat in diesem Urteile also festgestellt:

1. es ist zweifelhaft, ob eine kumulative Schuldübernahme neben der selbstschuldnerischen Bürgschaft überhaupt existiert, oder ob beide identisch sind zum wenigsten in ihren materiellen Wirkungen,

2. vorausgesetzt, es existiere eine kumulative Schuldübernahme, gesondert vom § 773 Ziff. I B.G.B., so empfiehlt es sich nicht, den Namen „kumulative Schuldübernahme" beizubehalten [1]), wie auch Goldmann-Lilienthal a. a. O. meint, und

---

Begriff der Schuldübernahme im Sinne des B.G.B., dass sie für den Schuldner befreiend wirkt. Es ist daher auch die Polemik Dernburgs (Bd. II § 155 Anm. 2) gegen Planck unbegründet. Planck bedient sich der Ausdrucksweise des Gesetzes, und nach dieser sind Schuldübernahme und Begründung eines Gesamtschuldverhältnisses in der Tat Gegensätze. Wenn Dernburg meint, Planck hätte richtiger gesagt „eine Schuldübernahme, welche ein Gesamtschuldverhältnis begründet", so wäre dies ein Widerspruch in sich selbst gewesen. Hieraus ergibt sich auch, dass der § 419 B.G.B. keine Schuldübernahme enthält und daher eigentlich nicht in den Abschnitt von der Schuldübernahme gehörte."

So auch Planck Bem. 1 zu § 419 und Schollmeyer Vorbem. 3 zu § 414. Dagegen Oertmann Bem. 2 der Vorbem. vor § 414 und Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. II § 155 Anm. 2; confer auch Martinius pag. 183.

[1]) Unseres Erachtens könnte man vielleicht die Ausdrücke „Mitverhaftung", „Mithaftung", „Kumulativschuld", „Mitschuld", „Korrealschuld" oder „kumulative Gesamtschuld" für die kumulative Schuldübernahme wählen; was

3. für diese gesondert von der selbstschuldnerischen Bürgschaft bestehende kumulative Schuldübernahme ist Schriftform nötig.

4. Über die Unterschiede, die zwischen beiden Verpflichtungsarten bestehen, schweigt diese Reichsgerichtsentscheidung vollständig.

II.

Eine Reichsgerichtsentscheidung[1]) vom 14. November 1904 befasste sich wieder mit der kumulativen Schuldübernahme.

Der Tatbestand war kurz folgender:

Die Beklagte versprach mündlich, das Konto ihres verstorbenen Ehemannes nach und nach zu begleichen, was zeugeneidlich festgestellt ist.

Das Oberlandesgericht Hamm entschied: „Eine privative Schuldübernahme nach § 414 B.G.B. liegt nicht vor, sondern eine sogenannte kumulative Schuldübernahme. Das Reichsgericht hat für letztere die Schriftform gefordert[2]), und deshalb ist die Klage abzuweisen."

Derselbe Senat, der jenes Urteil erlassen hatte[2]), trat dieser Auffassung im wesentlichen bei: „§ 414 B.G.B. kann nicht in Betracht kommen, da der Urschuldner nicht befreit wurde.

Ein Versprechen der bezeichneten Art kann schon den gebrauchten Worten nach kaum etwas anderes sein als Bürgschaft im Sinne des § 765 B.G.B.

Der erkennende Senat entscheidet übrigens jetzt die in dem angeführten Urteile offen gelassene Frage, ob überhaupt eine von der selbstschuldnerischen Bürgschaft verschiedene sogenannte kumulative Schuldübernahme denkbar ist, dahin, dass sie allerdings insofern zu bejahen ist, als ausnahmsweise einem Schuldner auf Grund einer eigenartigen Sachlage nachträglich noch ein zweiter als gewöhnlicher Schuldner im Sinne des § 421 B.G.B. hinzutreten kann, — vergl. als Analogie aus dem römischen Recht einerseits pr. Inst. de duob. reis 3, 16 und lex 4 Dig. eod.

---

wäre aber damit gebessert? Ein neuer terminus technicus würde vielleicht sprachlich passender sein, aber die erwähnten Streitfragen würden damit nicht gelöst, und da ein neuer terminus kaum überall Anklang finden würde, hätten wir mehrere termini für denselben Begriff, und mit diesem Nachteil wäre der Vorteil eines kürzeren Ausdrucks wieder aufgehoben.

[1]) E.d.R.G. Bd. 59 Nr. 66 pag. 232 ff.

[2]) In der von uns unter I. besprochenen Entscheidung.

45, 2, andererseits lex 3 pr. Dig. eod. —, dass aber der Regel nach und im Zweifel die sogenannte kumulative Schuldübernahme nichts anderes als eine Bürgschaft ist. Damit ist ohne weiteres für alle Fälle solcher „Schuldübernahme" im Zweifel die Anwendbarkeit des § 766 B.G.B. gegeben, soweit nicht der § 350 H.G.B. entgegensteht, während andererseits in jenen Ausnahmefällen zur entsprechenden Anwendung des § 766 allerdings kein Anlass gegeben sein möchte. Im vorliegenden Fall ist aber sicher kein Umstand ersichtlich, der dahin führen könnte, ihn als solchen Ausnahmefall zu betrachten. . . . . ."

Das Reichsgericht hat mit dieser Entscheidung seinen im erstlichen Urteil erwähnten prinzipiellen Standpunkt: „für die kumulative Schuldübernahme ist Schriftform erforderlich", aufgegeben, und die Existenz einer kumulativen Schuldübernahme, die das erste Urteil stark bezweifelte, völlig anerkannt, wenn auch nur in Ausnahmefällen.

Wie das Wesen und die Eigenart dieser „Ausnahmefälle" aussieht, darüber sagt das Reichsgericht nichts, obwohl in der redaktionellen Überschrift der betreffenden Entscheidung steht:

„Wann wäre eventuell eine kumulative Schuldübernahme anzunehmen?"

Wir wollen sehen, ob es möglich ist, aus den — als Analogie — angeführten Stellen des corpus iuris einen Anhaltspunkt dafür zu suchen.

Pr. Inst. de duob. reis 3, 16:

Et stipulandi et promittendi duo pluresve rei fieri possunt. Stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat: „spondeo", ut puta quum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat: „utrique vestrum dare spondeo;" nam si prius Titio spoponderit, deinde, alio interrogante, spondeat, alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt: „Maevi, quinque aureos dare spondes? Sei, eosdem quinque aureos dare spondes?" si respondeant singuli separatim: „spondeo".

Lex 4 Dig. de duob. reis 45, 2:

Pomponius libro XXIV. ad Sabinum. — Duo rei promittendi, sive ita interrogati: „spondetis?" respondeant: „spondeo", aut: „spondemus", sive ita interrogati: „spondes?" respondissent „spondemus", recte obligantur.

Lex 3 pr. Dig. de duob. reis 45, 2:

Ulpianus libro XLVII. ad Sabinum. — In duobus reis promittendi frustra timetur novatio; nam licet ante prior responderit, posterior etsi ex intervallo accipiatur, consequens est dicere, pristinam obligationem durare et sequentem accedere; et parvi refert, simul spondeant, an separatim promittant, quum hoc actum inter eos sit, ut duo rei constituantur, neque ulla novatio fiat.

Die ersten zwei Stellen handeln von den echten Korrealobligationen, die letzte Digestenstelle dagegen hat die unechte Korrealobligation, auch Solidarobligation genannt, zum Gegenstande.

Sowohl bei den echten als auch bei den unechten Korrealobligationen liegt una eademque res debita vor, bei den ersteren aber haben wir una obligatio und plures debitores resp. creditores, bei der unechten Korrealobligation der zitierten lex 3 dagegen plures obligationes und plures debitores resp. creditores [1]).

Im Gegensatz zum römischen Recht, das keine Sondernachfolge in die passive Seite der Obligation, sondern nur eine privative Schuldübernahme durch Novation kennt, kann nach heutigem Recht an die Stelle des ursprünglichen Schuldners ein anderer treten derart, dass auch die obligatio, nicht nur die una eademque res debita, dieselbe bleibt.

Das Reichsgericht hat sich an obige Stellen des corpus iuris civilis mit „einerseits" und „andererseits" angelehnt, und folgert in pr. Inst. duob. reis 3, 16 und lex 4 Dig. eod. 45, 2 [2]) Bürg-

---

1) Da bei den Römern das gebräuchlichste Mittel zur Erzeugung einer Korrealobligation die gemeinsame Stipulation des nämlichen Schuldobjektes war, bezeichnet das zitierte pr. Inst. de duob. reis 3, 16 die Korrealschuldner als duo pluresve rei promittendi und die Korrealgläubiger als duo pluresve rei stipulandi. Im übrigen verweisen wir auf unsere Ausführungen oben pag. 12 ff.

2) Die Stelle pr. Inst. 3, 16 sagt: zwei oder mehrere Personen können Teilnehmer an einem Versprechen auf folgende Weise werden: Auf die Fragen: „Mävius, gelobst du 5 Goldmünzen zu geben?" „Sejus, gelobst du ebenfalls („eosdem!") 5 Goldstücke zu geben?" antwortet jeder der beiden einzeln: „spondeo". Hier wird nur eine Obligation begründet durch gleichzeitiges simultanes Versprechen, wobei dann Sejus als selbstschuldnerischer Bürge im Sinne des § 773 Ziff. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches zu denken wäre.

lex 4 Dig. 45, 2 zeigt genau denselben Fall, nur modifiziert sie Frage und Antwort. Zwei Schuldner werden durch ein und dasselbe Rechtsgeschäft (una eademque obligatio), nämlich durch den Stipulationsvertrag, rechtsverbindlich verpflichtet, gleichgültig, ob sie nun auf die Frage: „spondetis?" jeder für sich antworten: „spondeo" oder zusammen: „spondemus", oder ob sie einzeln gefragt: „spondes?" zusammen antworten: „spondemus".

schaft, weil die obligatio dieselbe bleibt, im anderen Falle[1]) tritt zu dem ursprünglichen Schuldner noch ein anderer hinzu mit eigener obligatio als Stütze der ursprünglichen obligatio: „kumulative Schuldübernahme"; dort Haftung für fremde, hier für eigene Schuld[2]).

Soviel dürfen wir wohl aus der Analogie der p. p. Stellen mit Gewissheit folgern, weitere Schlüsse zu ziehen, verhindert uns die Bestrittenheit der römischen Korrealobligationen überhaupt. Ohne jeden Zweifel kann eigentlich nur die Behauptung aufgestellt werden, dass es im Justinianischen Rechte Korreal- und Solidarobligationen gab. Bestritten ist vor allem, welche der Gesamtschuldner Korrealschuldner waren und welche nicht[3]).

---

[1]) In lex 3 pr. Dig. 45, 2 tritt nachträglich („ex intervallo"!) ein zweiter Schuldner zu dem bisherigen hinzu, die ursprüngliche Obligation dauert fort, und es tritt nur eine neue hinzu, die aber keine Schuldnovation bewirkt.

[2]) Auffallend ist, dass in den ersten zwei zitierten Stellen des corpus iuris civilis der Korrealschuldner sich gleichzeitig mit dem Urschuldner verpflichtet, in der zuletzt angeführten Pandektenstelle dagegen das intervallum zwischen der Entstehung der Urschuld und der Verpflichtung des Solidarschuldners besonders betont wird. Dass das Reichsgericht aus dieser Verschiedenheit Schlüsse gezogen wissen will, ist nach den der Beurteilung zugrunde liegenden Tatbeständen nicht anzunehmen.

[3]) Una eademque obligatio wird aufgefasst als:

1. die „Einheit der Korrealobligation", eine „einheitliche Obligation", „ein und dieselbe Obligation"; so Windscheid-Kipp Bd. II § 293; Wendt, Pandekten § 209; Arndts, Lehrbuch der Pandekten § 214; Brinz, Zur Lehre von den Korrealobligationen Bd. II pag. 235.
2. als „Mehrheit von Obligationen", als „mehrere Obligationen", als „Obligationsverhältnis oder Vermögenspost mehrerer Obligationen"; so Kuntze, Obligationen 1886 pag. 141; Fitting, Die Natur der Korrealobligationen 1859; Eisele, Korrealität und Solidarität, im Archiv für ziv. Praxis Bd. 77 pag. 374; Mitteis, Passive Gesamtschuld, in Grünhuts Zeitschrift Bd. 14; Czyhlarz, ebendaselbst Bd. 3 Nr. 2. Dernburg (Pandekten Bd. II § 71) nimmt auch eine Mehrheit von Obligationen an, hat aber auch nichts einzuwenden gegen das folgende:
3. nach der Vermittlungstheorie:
   a) als kollektive Einheit der Obligation; so Unger in „Iherings Jahrbücher" Bd. 22 pag. 207 ff., oder
   b) als Mehrheit von Obligationen mit wirtschaftlicher Einheit; so Sohm § 61, oder
   c) als Mehrheit von Obligationen mit fingierter Identität (= Einheit); so Höldner, Festschrift 1884 pag. 31, oder

Wir sehen, wie wir schon oben[1]) ausgeführt haben, bei den Korrealobligationen ist der Obersatz, das begriffliche Wesen, strittig, weshalb es auch zwecklos wäre, die heutige Bürgschaft und die umstrittene kumulative Schuldübernahme unter noch strittigere Begriffe des corpus iuris civilis zu subsumieren[2]). Es ist uns auch keine Besprechung des reichsgerichtlichen Urteils zu Augen gekommen, die auf die dort angeführte Analogie der zitierten Stellen eingegangen wäre.

Durch diese Entscheidung ist die Frage, was denn eigentlich „kumulative Schuldübernahme" ist, noch verwirrter geworden.

Wir halten nach den von uns aufgestellten Unterscheidungsmerkmalen, die Tatbestände, die beiden Reichsgerichtsentscheidungen zugrunde liegen, für kumulative Schuldübernahme, das Reichsgericht hält beide für Bürgschaft.

Wenn man den Inhalt beider Entscheidungen genauer betrachtet, dürfte man zu dem Schluss kommen, dass das Reichsgericht nur dann eine kumulative Schuldübernahme anerkennt, wenn festgestellt ist, dass C ausdrücklich gesagt: Ich will für die (zu recht bestehende) Schuld des B dem Gläubiger A gegenüber kumulativ neben B haften, und der Gläubiger ausdrücklich mit dieser kumulativen Haftung des C neben B einverstanden war. Ein solcher Tatbestand wird sich aber fast nie ergeben, weil im deutschen Volke der Begriff: „kumulative Schuldübernahme", „kumulative Haftung" fast ganz unbekannt ist. Bei dieser Auffassung ist ein solcher Tatbestand allerdings ein „Ausnahmefall".

Wenn man die an zweiter Stelle angeführte Entscheidung genau betrachtet, so dürfte die Meinung nicht gar zu fern liegen, dass das Reichsgericht dem Drucke der dem ersten Urteile widersprechenden, begründeten Einwendungen nachgegeben hat, dass es aber durch Umgehung der Abgrenzung des Gebietes der selbstschuldnerischen Bürgschaft von dem der kumulativen Schuldübernahme die „Ausnahmefälle einer kumulativen Schuldübernahme" nach freiem Ermessen so einschränken will, dass in der Tat das Reichsgericht in jedem Falle sagt: „Im Zweifel Bürgschaft, keine

---

d) als Einheit mit gegenseitiger Vertretung der Korrealschuldner, resp. -gläubiger; so Waldner, Die korreale Solidarität. 1885.

[1]) pag. 13.

[2]) Confer oben pag. 5 Anm. 4.

kumulative Schuldübernahme“, von kumulativer Haftung ist keine Rede gewesen, also liegt Bürgschaft vor. In der Theorie gäbe es also eine kumulative Schuldübernahme ohne Erfordernis der Schriftform, in der Praxis des Reichsgerichts mit verschwindend kleinen Ausnahmen nur eine selbstschuldnerische Bürgschaft.

Silbermann[1]) sagt über die beiden Urteile folgendes:

„Nun hat aber der VI. Senat des Reichsgerichts in einem Urteile vom 14. November 1905 soviel Wasser in den Wein seiner Entscheidung vom 20. März 1902 gegossen, dass es den Anschein gewinnt, der Senat halte seine in diesem Erkenntnis ausgesprochene Rechtsansicht selbst nicht mehr für stichhaltig.

Die Entscheidung selbst heisst zu deutsch doch nichts anderes als, die kumulative Schuldübernahme kommt nur ganz ausnahmsweise vor, in der Regel hat man es mit einer wahren Bürgschaft zu tun; lässt sich aber im einzelnen Falle unzweifelhaft dartun, dass eine kumulative Schuldübernahme wirklich gemeint war, dann ist § 766 nicht anwendbar, aber auch nicht entsprechend.“

III.

Eine weitere Reichsgerichtsentscheidung vom 19. Februar 1906[2]) beschäftigt sich wieder mit der Frage der kumulativen Schuldübernahme. Der Sachverhalt war in Kürze folgender:

Der Kläger weigerte sich, die an dem Hause des Beklagten auszuführenden Maurerarbeiten fertigzustellen, weil der Architekt, der dem Kläger diese Arbeiten übertragen hatte, nicht mehr in der Lage war zu zahlen. Der Beklagte versprach dem Kläger deshalb mündlich die bereits geleisteten, wie die noch zu leistenden Arbeiten persönlich zu bezahlen. Daraufhin führte der Kläger die Maurerarbeiten vollständig aus.

Das Oberlandesgericht Köln findet hierin weder eine Bürgschaft, noch eine „reine“ Schuldübernahme, sondern einen keinem Formzwang unterliegenden Vertrag mit Leistung und Gegenleistung, von dem die Schuldübernahme nur einen Bestandteil bilde, wobei es darlegt, es fehle an einem Anhalt für die Annahme, dass die Absicht der Parteien dahin gegangen sei, es solle der Architekt aus dem Schuldverhältnis ausgeschaltet werden, und der Beklagte als alleiniger Schuldner an dessen Stelle treten.

[1]) In „Seufferts Blätter für Rechtsanwendung“, Bd. 70 Nr. 6 pag. 159.

[2]) Diese Entscheidung haben wir entnommen Gruchot: „Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts“, Bd. 50 Beilageheft 80 pag. 945 f.

Die Revision macht geltend, dass, da nach dieser Feststellung eine Schuldübernahme im Sinne des § 414 B.G.B. nicht vorliege, nur eine Bürgschaft oder eine sogenannte kumulative Schuldübernahme in Frage kommen könne, insbesondere so weit es sich um das Versprechen handle, Zahlung für die bereits gelieferten Arbeiten zu leisten; mangels der im § 766 B.G.B. vorgeschriebenen Form sei daher das Abkommen nichtig. Die Revision nahm ausdrücklich auf das von uns unter I. besprochene Urteil Bezug, um obigen Revisionsgrund zu rechtfertigen.

Der VI. Zivilsenat des Reichsgerichts hat die Revision des beklagten Kumulativschuldners zurückgewiesen mit folgender Begründung:

Die in dem Urteil I offen gelassene Frage, ob überhaupt eine von einer selbstschuldnerischen Bürgschaft verschiedene sogen. kumulative Schuldübernahme denkbar ist, hat der erkennende Senat in der Entscheidung II insofern bejaht, als ausnahmsweise einem Schuldner auf Grund einer eigenartigen Sachlage nachträglich noch ein zweiter Schuldner als gewöhnlicher Gesamtschuldner im Sinne des § 521 B.G.B. hinzutreten kann, welchenfalls die Vorschrift im § 766 B.G.B. keine Anwendung leidet.

Ein solcher Fall ist nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts hier gegeben. Der Beklagte hat, indem er den Kläger aufforderte, für seine, des Beklagten, Rechnung die vom Architekten bestellten Arbeiten zu liefern, seine Bereitwilligkeit erklärt, als Besteller zu gelten und zwar, da er gleichzeitig Bezahlung auch der bereits gelieferten Arbeiten versprach, auch bezüglich dieser Arbeiten, und der Kläger hat sich hiermit einverstanden erklärt, indem er sich ihm zur Lieferung der Arbeiten verpflichtete. Hiernach ist der Beklagte in das zwischen dem Kläger und dem Architekten bestehende Schuldverhältnis in der Weise eingetreten, dass er neben dem Architekten als Gesamtschuldner haften sollte. Das von den Parteien getroffene Abkommen bedurfte daher zu seiner Gültigkeit nicht der Schriftform."

Wenn wir diese Entscheidung mit den unter I und II behandelten Urteilen vergleichen, so können wir feststellen, dass das Reichsgericht sich stufenweise der Auffassung von der kumulativen Schuldübernahme genähert hat, die wir oben vertreten haben.

Wir haben zwar jetzt einen der „Ausnahmefälle" der II. Entscheidung, aber eine Abgrenzung der beiden Gebiete ist durch diese Entscheidungen um so weniger gegeben, als sich zwischen

den Tatbeständen der drei Urteile keine wesentlichen Unterschiede ergeben, die die verschiedenartige Rechtsprechung rechtfertigen.

Wir haben den Eindruck gewonnen, dass das Reichsgericht — wie vorliegende Entscheidung (III) zeigt — seine Ansicht grundsätzlich geändert hat, dies aber nicht ex professo zugestehen will, und deshalb den im Urteil I und II offen gelassenen Weg als Ausweg aus diesem Dilemma benützt. Wollte man diese unsere Ansicht nicht akzeptieren, so müsste man beim Vergleiche der drei Tatbestände von einer ganz willkürlichen Rechtsprechung des Reichsgerichtes reden, das bei zwei offenkundigen Fällen der kumulativen Schuldübernahme Schriftform verlangt, beim dritten ganz ähnlich gelagerten Falle nicht. Einen solchen Vorwurf wird aber kaum jemand dem Höchsten Gerichtshofe unseres Reiches machen wollen.

IV.

Eine weitere Reichsgerichtsentscheidung[1]) vom 23. November 1906 trägt die schleierhafte Überschrift: „Unterschied der sogen. kumulativen Schuldübernahme von dem Eintritt eines Dritten als Samtschuldners in ein bestehendes Schuldverhältnis."

Was diese redaktionelle Überschrift bedeutet, ist uns nicht klar geworden. Ist denn die „kumulative Schuldübernahme" etwas anderes als der „Eintritt eines Dritten als Gesamtschuldner in ein bestehendes Rechtsverhältnis?"

Auch in der Entscheidung selbst wird nicht einmal versucht, einen solchen Unterschied zu ziehen.

Wir lassen diese für unsere Abhandlung sehr wichtige Entscheidung wörtlich folgen:

„II. Zivilsenat. Urt. vom 23. November 1906 i. S. G. (Bekl.) w. Gasmotorenfabrik D. (Kl.), Reg. II. 200/06.

I. Landgericht II Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Der Beklagte betreibt auf einem Grundstück in Köpenick, das ihm von seinem Vater mit allem Zubehör und Inventar Anfang November 1903 verkauft worden ist, eine Dampfwaschanstalt. Die Klägerin hat dem Vater des Beklagten für die von ihm betriebene Anstalt, welche der Beklagte von seinem Vater übernommen hatte, einen Gasmotor mit Sauggasanlage im November

---

1) E.d.R.G. Bd. 64 Nr. 79 pag. 318 ff.

1902 käuflich geliefert. Die Klägerin behauptet, sie habe von dem Kaufpreis noch einen Rest zu fordern.

Auf Zahlung dieses Restes hat Klägerin den Beklagten belangt. Begründet wurde dieser Antrag mit der Behauptung, es habe der Beklagte im Juli 1904 sich gegenüber dem Prokuristen H. der Klägerin zur Zahlung des eingeklagten Kaufpreisrestes mündlich verpflichtet. Der Beklagte hat insbesondere eingewendet, sein Versprechen entbehre mangels Schriftform der Rechtswirksamkeit. Das Landgericht hat nach Klagantrag erkannt. Berufung und Revision waren erfolglos.

Aus den Gründen des Revisionsurteils:

„Die Entscheidung des Berufungsgerichts beruht darauf, dass das Zahlungsversprechen, auf welches die Klage sich stützt, von dem Beklagten dem Prokuristen H. der Klägerin auf deren Anforderungsschreiben vom 14. Juli 1904 hin mündlich dahin abgegeben worden ist, er werde die Restschuld für den gekauften Motor in den näher bestimmten Raten bezahlen. Das Berufungsgericht verneint die Notwendigkeit der Schriftform; es handle sich zwar um eine sogen. kumulative Schuldübernahme, denn der Beklagte habe sich neben seinem Vater der Klägerin als Schuldner verpflichten wollen; es handle sich aber nicht um Übernahme einer bürgschaftsähnlichen Verpflichtung, sondern der Beklagte sei nachträglich als gewöhnlicher Samtschuldner nach § 421 B.G.B. eingetreten.

Der Beklagte rügt Verletzung des § 766 B.G.B., weil eine Schuldübernahme dergestalt, dass der Übernehmer eine eigene selbständige solidarische Verbindlichkeit neben dem ursprünglichen Schuldner eingeht, sich von einer selbstschuldnerischen Bürgschaft nicht unterscheide; daher hätte die Klage mangels der für den Bürgschaftsvertrag vorgeschriebenen Schriftform abgewiesen werden müssen.

Die reichsgerichtliche Rechtsprechung (E.d.R.G. in Zivilsachen Bd. 51 pag. 120; Bd. 59 pag. 233) erkennt die Möglichkeit an, dass neben dem Schuldner ein Dritter durch das Versprechen, für die Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners gleich wie dieser selbst einzustehen, eintreten kann, ohne dass der Gläubiger infolge des ihm abgegebenen Versprechens des Eintretenden seinen Anspruch gegen seinen ursprünglichen Schuldner aufgibt; vergl. § 414 B.G.B. Die Rechtsprechung betont für diese sogenannte kumulative Schuldübernahme auch, dass sie im Zweifel und regel-

mässig Bürgschaftscharakter habe, weil durch ein solches Versprechen regelmässig inhaltlich eine Verbürgung, d. h. das Einstehen für die Erfüllung der Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners, also einer fremden Schuld gewollt sei; § 765 B.G.B. Aber nicht jede Begründung eines Gesamtschuldverhältnisses, bei der neben den bisherigen Schuldner ein neuer Schuldner tritt, enthält eine Verbürgung; das ist dann nicht der Fall, wenn der eintretende Schuldner nicht beabsichtigt, derart für die Verbindlichkeit des Schuldners einzustehen, dass seine Verbindlichkeit von vornherein und fortdauernd von der Verbindlichkeit des bisherigen Schuldners abhängig sein soll, wenn also der neue Schuldner eine eigene selbständige Verbindlichkeit übernehmen will, deren Fortbestand von der Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners unabhängig sein soll. In diesem Falle fehlt es an dem Willen, für eine fremde Schuld aufzukommen. Es wird eine selbständige Verbindlichkeit nach § 421 B.G.B. begründet. Um auf einen solchen Willen schliessen zu können, bedarf es allerdings besonderer Umstände. Solche Umstände stellt der Berufungsrichter aber fest. Er erwägt: Der Beklagte habe von seinem Vater dessen ganzes Anwesen einschliesslich des Geschäftes und des von der Klägerin dem Vater gelieferten Motors mit Sauggasanlage übernommen; die Gläubiger des Vaters hätten von diesem nichts mehr zu erwarten; der Beklagte habe den Motor nebst Sauggasanlage in seinem Geschäft benutzt; der Motor lieferte dem Beklagten die nötige Kraft zum Betrieb seiner Dampfanstalt. Daher hätte der Beklagte ein eigenes Interesse daran, die Klägerin durch Übernahme einer selbständigen Zahlungsverpflichtung von Zwangs- oder Anfechtungsmassregeln abzuhalten. Demgemäss habe Beklagter dem Buchhalter der Klägerin, nachdem er deren Prokuristen Zahlung unter Hinweis auf die Geschäftsübernahme versprochen gehabt, die Art und Weise, wie er seine Schuld der Klägerin abtragen werde, erläutert.

Diese Darlegungen berechtigen in der Tat zu dem von dem Berufungsrichter gezogenen Schlusse, dass der Beklagte eine eigene selbständige solidarische Verbindlichkeit der Klägerin gegenüber, die nicht dem Formzwang des § 766 B.G.B. unterliegt, gemäss § 421 B.G.B. eingegangen ist.

Hiernach erweist sich der Standpunkt des Beklagten, dass der Berufungsrichter das Wesen der kumulativen Schuldübernahme verkannt hat, als nicht zutreffend......“

Diese Reichsgerichtsentscheidung betont, dass Verbürgung oder kumulative Schuldübernahme vorliegen kann, wenn neben dem Urschuldner ein neuer Gesamtschuldner sich für die gleiche Schuld verpflichtet.

Kumulative Schuldübernahme läge dann vor, wenn der hinzutretende Gesamtschuldner nicht beabsichtigt, derart für die Verbindlichkeit des Schuldners einzustehen, dass seine Verbindlichkeit von vorherein und dauernd von der Verbindlichkeit des Urschuldners abhängig sein soll, wenn also der neue Schuldner eine eigene selbständige Verbindlichkeit nach § 421 B.G.B. übernehmen will, deren Fortbestand von der Verbindlichkeit des Urschuldners unabhängig sein soll.

V.

Wir wollen jetzt kurz die Tatbestände, die den vier Reichsgerichtsentscheidungen zugrunde lagen, subsumieren unter obige im IV. Urteil festgelegte Normen:

1. Der Vater des geflüchteten Schuldners sagte: „ich zahle die Schuld meines Sohnes, damit nichts von dessen Verfehlungen an die Öffentlichkeit kommt.“ Beabsichtigte der Vater eine von vornherein und dauernd von der Urschuld abhängige Verpflichtung einzugehen? Keineswegs; er erklärte sogar die Schuld in zwei Raten, eine vor und eine nach Weihnachten zu zahlen. Darin liegt doch zweifellos ausgedrückt, dass er die Schuld als eigene anerkannte, dass er sich nicht für eine fremde Schuld verbürgen wollte.

Warum hat aber das Reichsgericht diesen Tatbestand trotzdem als Bürgschaft bezeichnet?

2. Im unter II. besprochenen Urteile liegt die Sache genau so:

Die Witwe verspricht, das Konto ihres verstorbenen Mannes nach und nach zu begleichen. Hat sie damit nicht die fremde Schuld zweifellos als eigene anerkannt? Spricht überhaupt der Bürge bei der Bürgschaftsübernahme gleich vom Zahlen, wie in den beiden Fällen? Will der Bürge nicht dem Urschuldner Kredit verschaffen? Glaubt der Bürge überhaupt von vornherein, dass er zahlen muss? Entsprechen obige zwei Tatbestände dem Wesen der Bürgschaft gemäss §§ 765 ff. B.G.B.?

Sagt nicht § 765: Der Bürge will für die Erfüllung der Verbindlichkeit einstehen? Sagt er etwa, der Bürge will zahlen?

Gerade das ganze Wesen der Bürgschaft, und die Gründe, die für die Schriftform der Bürgschaft sprachen[1]), lassen deutlich erkennen, dass der Bürge hofft, nicht aus der Bürgschaftsverpflichtung in Anspruch genommen zu werden. Hatten in genannten zwei Tatbeständen, die sich Verpflichtenden bei der Übernahme auch die Hoffnung, nicht in Anspruch genommen zu werden?

Warum sagt trotzdem das Reichsgericht, auch im zweiten Falle habe Bürgschaft vorgelegen?

3. Der Architekt, der Maurerarbeiten einem Maurermeister übertragen hat, kann nicht zahlen. Der Meister will nicht weiterarbeiten, der Hausbesitzer erklärt, ich zahle die bereits geleisteten Arbeiten und auch die noch zu leistenden. Wenn obige zwei Tatbestände Bürgschaft wären, warum sollte hier nicht gleichfalls Bürgschaft vorliegen[2])? Worin bestehen die wesentlichen Unterschiede?

4. In der Entscheidung IV ist darauf der Schwerpunkt gelegt, dass der Kumulativschuldner ein eigenes Interesse daran hatte, sich neben seinem Vater zu verpflichten. Das war gemäss der

---

[1]) Confer Motive Bd. II pag. 188 f., Rotmann pag. 19, Gierke a. a. O. pag. 487.

[2]) Uns ist es übrigens unklar, warum das Reichsgericht in der Entscheidung III auch bezüglich der noch zu leistenden Arbeiten eine kumulative Schuldübernahme annahm.

Ich kann mich doch nur neben einem andern für dessen Schuld verpflichten, wenn diese Schuld bereits besteht oder doch voraussichtlich entstehen wird. Der Architekt zahlte das bisher Geleistete entgegen der Abrede nicht. Der Maurermeister trat deshalb gemäss § 326 Abs. I B.G.B. vom Vertrage zurück, indem er erklärte, nicht weiter zu arbeiten. § 321 resp. § 322 B.G.B. können nicht in Betracht kommen, weil in der Erklärung, nicht weiter zu arbeiten, eine Geltendmachung des Rücktrittsrechtes liegt; denn die Rücktrittserklärung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, wie aus § 349 B.G.B. hervorgeht. Durch die Rücktrittserklärung wird nach § 346 B.G.B. unter den Parteien ein Schuldverhältnis auf Wiederherstellung des Zustandes, wie er vor Abschluss des Vertrages gewesen, begründet. Damit entfällt eo ipso die Verpflichtung des Maurermeisters, die noch nicht geleisteten Arbeiten auszuführen. Diese waren aber Vorleistung, die Zahlung Nachleistung, weshalb hier auch nicht der Umstand in Betracht kommen kann, dass man für eine künftige Schuld sich sowohl verbürgen (§ 765 Abs. II B.G.B.) als auch eine kumulative Haftung übernehmen kann. Zudem sagt die Entscheidung ausdrücklich, dass der Hausbesitzer als Besteller gelten wollte. Damit war er auch Urschuldner geworden, und der Architekt (abgesehen von eventuellem Schadensersatz aus § 355 B.G.B.) befreit.

Entscheidung der „besondere Umstand", der „auf den Willen, eine selbständige Verbindlichkeit einzugehen", schliessen liess.

Aber war in dem unter I besprochenen Urteile nicht der Umstand, dass die Verfehlungen des Sohnes des Kumulativschuldners nicht an die Öffentlichkeit kommen sollten, genau so ein „besonderer Umstand"? Und warum nicht? Im Falle III war zweifellos der p. p. „besondere Umstand" das Interesse des Hausbesitzers, sein Haus fertig gestellt zu wissen.

Im Falle II fehlt scheinbar dieser „besondere Umstand". Es fehlt die Angabe des Grundes, warum die Witwe überhaupt sich verpflichten wollte. Es fehlen auch die Angaben, neben wem sie sich verpflichten wollte. Solange wir das Motiv nicht kennen, das die Beklagte bewogen hat, mündlich sich zu verpflichten, bleibt es uns versagt, unter obiges Merkmal diesen Tatbestand zu subsumieren. Wenn die Beklagte das Motiv gehabt hätte, deshalb zahlen zu wollen, weil sie aus Familienstolz und -ehre sich der Schande nicht aussetzen wollte, ihren verstorbenen Mann als insolvent hingestellt zu sehen, so hätte dies nach unserer Auffassung als der p. p. „besondere Umstand" vollauf genügt.

VI.

Wir wollen jetzt noch kurz die Frage berühren, ob aus den vier Reichsgerichtsentscheidungen die Frage der kumulativen Schuldübernahme durch das Reichsgericht als vollständig gelöst zu betrachten ist.

Wenn das Reichsgericht nicht bei den unter III und IV angeführten Entscheidungen auf die unter I und II besprochenen Urteile Bezug genommen hätte, wäre die Frage viel klarer geworden.

So aber wollte das Reichsgericht seine früheren Entscheidungen nicht desavouieren, und sagt deshalb indirekt: Der Tatbestand von I und II bildete keinen der „Ausnahmefälle" der kumulativen Schuldübernahme, weil die „besonderen Umstände" fehlten.

Wie diese „ganz besonderen Umstände" liegen müssen, davon sagt die unter IV zitierte Entscheidung nichts, und deshalb klärte auch das Reichsgericht nicht endgültig den Unterschied auf zwischen selbstschuldnerischer Bürgschaft und kumulativer Schuldübernahme. Es ist eigentlich mit der Natur der kumulativen Schuldübernahme selbstverständlich das Bestehen von „ganz besonderen

Umständen“ verknüpft, die den Dritten bestimmen, sich neben einem anderen mitzuverpflichten.

Bestimmen aber nicht auch bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft den Dritten besondere Umstände, sich zu verbürgen? „Nemo dat, nemo facit, nemo praestat, nisi causa (Schuldgrund!) antecedente quaedam quasi moventia (Motiv!).“

Was unterscheidet die „besonderen Umstände“, die den Dritten zur Bürgschaft bringen, von den „besonderen Umständen“, die kumulative Schuldübernahme herbeiführen?

Diese Frage lässt das Reichsgericht unbeantwortet.

Wenn wir die Lösung versuchen wollen, können wir vielleicht sagen: Ergibt sich aus den „besonderen Umständen“ des Tatbestandes, dass der Dritte beim Vertragsabschluss hoffte oder hoffen konnte, aus dem Vertrage nicht in Anspruch genommen zu werden, so liegt im Zweifel Bürgschaft vor, weil er sich für eine fremde Verbindlichkeit verpfichtete; wusste dagegen der Dritte beim Vertragsabschluss bestimmt, dass er zahlen muss, so liegt im Zweifel kumulative Schuldübernahme vor, weil er dann das Bewusstsein hat, mit dem Zahlungsversprechen eine eigene Verpflichtung eingegangen zu haben, für die er selbst aufkommen muss.

* * *

Die vier Entscheidungen im Zusammenhange mit der oben besprochenen Literatur geben ein klares Bild der Fortentwickelung des Rechts und legen beredtes Zeugnis dafür ab, dass die Wissenschaft und auch die Unterinstanzen sich nicht durch Reichsgerichtsentscheidungen von dem als richtig erkannten Rechtsgedanken abbringen lassen, umgekehrt aber zeigen sie auch, dass das Reichsgericht die wissenschaftliche Rechtsliteratur, die sich gegen seine Entscheidungen wendet, auf ihre Gründe prüft, und falls es diese anerkennt, auch seine Ansicht korrigiert, ein schönes Zeugnis für die deutsche Rechtswissenschaft und den deutschen Richterstand.

Schluss.

Die Fälle gesetzlicher kumulativer Schuldübernahme.

Ausser einer vertragsmässigen kumulativen Schuldübernahme kennt das heutige Recht auch einige Fälle einer gesetzlichen. Die Bestimmungen darüber beruhen auf dem Grundgedanken des neuen Reichsrechts, dass gewisse Verbindlichkeiten derartig auf einem Vermögen lasten, dass der Erwerber desselben ohne weiteres auch für diese Verbindlichkeiten haftet.

Es gehört hierher vor allem der § 419 B.G.B. sowie der § 2382 B.G.B. Der erstere Paragraph ist bereits oben gelegentlich erwähnt worden und handelt von der vertragsmässigen Übernahme eines Vermögens. Übernimmt nämlich jemand durch Vertrag das Vermögen eines anderen, so können dessen Gläubiger unbeschadet der Fortdauer der Haftung des bisherigen Schuldners vom Vertragsabschluss an ihre zu dieser Zeit bestehenden Ansprüche auch gegen den Übernehmer geltend machen. Dessen Haftung beschränkt sich aber auf den Bestand des übernommenen Vermögens und die ihm aus dem Vertrage zustehenden Ansprüche.

Der § 2382 gehört dem Erbrecht an; danach haftet der Käufer einer Erbschaft von dem Abschluss des Kaufes an den Nachlassgläubigern unbeschadet der Fortdauer der Haftung des Verkäufers.

Es gehören ferner hierher die Bestimmungen der §§ 25—27 H.G.B. [1]). Hier ist bestimmt, dass derjenige, der ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne einen das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz fortführt,

---

[1]) Confer Staub, Kommentar zum H.G.B. Bd. I pag. 141 Anm. 9, pag. 147 Anm. 1 und pag. 150 Anm. 5.

für alle im Betrieb des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers haftet. Wird die Firma nicht fortgeführt, so haftet der Erwerber eines Handelsgeschäftes für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten nur, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere wenn die Übernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise von dem Erwerber bekannt gemacht worden ist. Der frühere Inhaber bleibt neben dem neuen verhaftet, hat aber den Vorteil, dass die Ansprüche gegen ihn in fünf Jahren verjähren. Wird ein zum Nachlass gehörendes Handelsgeschäft vom Erben fortgeführt, so haftet der Erbe in gleicher Weise wie der Übernehmer eines Handelsgeschäftes. Diese unbeschränkte Haftung tritt aber nicht ein, wenn die Fortführung des Geschäftes innerhalb dreier Monate eingestellt wird.

Schliesslich sei erwähnt, dass auch eine Bürgschaft und zwar eine selbstschuldnerische in einigen Fällen durch Gesetz entstehen kann. Hierher gehören einmal der § 571 Abs. 2 B.G.B., wo unter gewissen Umständen der Vermieter neben dem neuen Erwerber des vermieteten Grundstückes dem Mieter als selbstschuldnerischer Bürge für den von dem Erwerber zu ersetzenden Schaden haftet.

Dieselben Bestimmungen finden nach § 1056 Abs. 1 B.G.B. für den Fall Anwendung, dass der Niessbraucher eines Grundstückes über die Dauer des Niessbrauches hinaus vermietet oder verpachtet hat.

Drittens gehört hierher § 1251 Abs. 2 B.G.B., wo nach Übertragung einer Forderung und Übergang des damit verbundenen Pfandrechtes der alte Pfandgläubiger unter gewissen Voraussetzungen neben dem neuen Pfandgläubiger für den von diesem eventuell zu ersetzenden Schaden dem Schuldner so haftet wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat.